

LE PRÉJUDICE

DANS

L'INFRACTION PÉNALE

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le samedi 13 février 1937, à 14 h. 30

PAR

Jean BELLAMY

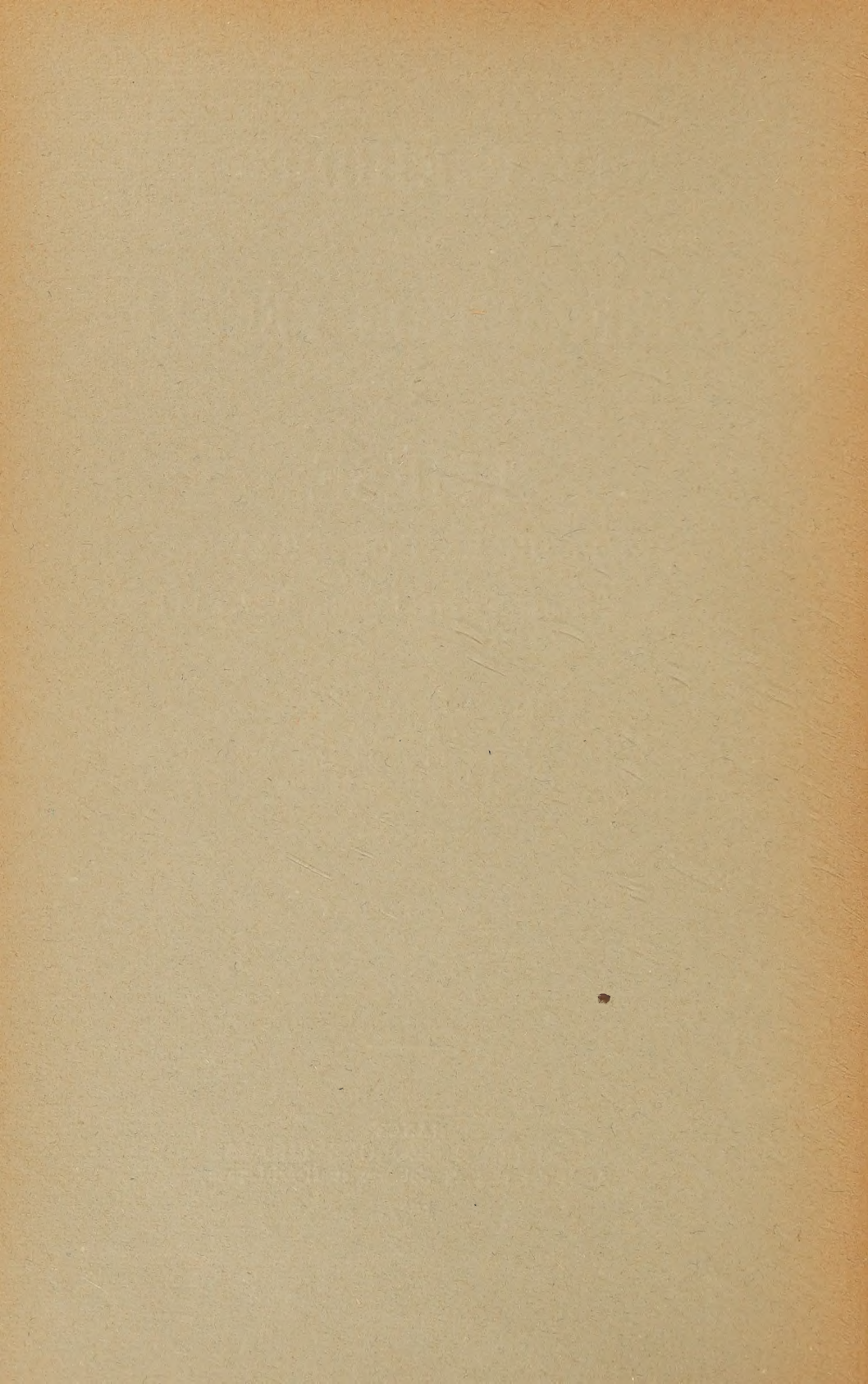
Avocat à la Cour d'Appel,
Attaché au Parquet Général
Lauréat de la Faculté de Droit,

MEMBRES DU JURY :

Président. . . .	MM. HENRY, professeur.
Assesseurs. . . .	SIMONNET, professeur.
	VINCENT, chargé de cours.

NANCY
IMPRIMERIE GEORGES THOMAS
Angle des rues de Solignac et Henri-Lepage

1937



Le Préjudice dans l'Infraction pénale



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LE PRÉJUDICE

DANS

L'INFRACTION PÉNALE

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le samedi 13 février 1937, à 14 h. 30

PAR

Jean BELLAMY

Avocat à la Cour d'Appel,
Attaché au Parquet Général
Lauréat de la Faculté de Droit.

MEMBRES DU JURY :

Président. . . .	MM. HENRY, professeur.
Assesseurs . . . }	SIMONNET, professeur.
	VINCENT, chargé de cours.

NANCY
IMPRIMERIE GEORGES THOMAS
Angle des rues de Solignac et Henri-Lepage

1937

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen: M. SENN (*, ☞, ☞ I).

Assesseur du Doyen: M. HENRY (*, ☞ I).

Doyens honoraires: MM. F. GÉNY (C *, ☞ I), MICHON (*, ☞ I).

Professeurs honoraires:

MM. MAY (*, ☞ I).

ROLLAND (☞ I).

MOREL (*, ☞ I).

GÉNY (C *, ☞ I).

RENARD (☞ I).

MICHON (*, ☞ I).

Maître de conférences honoraire: M. MÉLIN (☞ I), docteur en droit.

MM. SENN (*, ☞, ☞ I), professeur de Droit romain.

HENRY (*, ☞ I), professeur de Droit criminel.

KRÖLL (☞ I), professeur d'Histoire du Droit.

LALOUEL (☞ I), professeur de Droit international public.

LESCOT (☞ I), professeur de Droit commercial.

SIMONNET (☞ I), professeur de Droit civil.

VOIRIN (☞, ☞ I), professeur de Droit civil.

TROTABAS (☞, ☞ I), professeur de Droit administratif et de Législation financière.

F. de MENTHON (☞ A), professeur d'Economie politique.

DURAND, agrégé de Droit privé.

MARCHAL, agrégé d'Economie politique.

TEITGEN, agrégé de Droit public.

VINCENT, docteur en droit, chargé de cours de Droit privé.

GUITTON, docteur en droit, chargé de cours d'Economie politique.

GONNET, docteur en droit, chargé de cours de Droit romain.

REUTER, docteur en droit, chargé de cours de Droit public.

ROSAMBERT, docteur en droit, chargé d'enseignement de Droit civil de capacité.

LAPOINTE (☞ I), secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions particulières du candidat.



INTRODUCTION

*« On blâme l'injustice, non pas pour
l'aversion que l'on a pour elle, mais
pour le préjudice que l'on en reçoit. »*
(LA ROCHEFOUCAUD)

C'est à propos du préjudice intentionnel que LEIBNITZ a pu dire, alors qu'il cherchait à approfondir le problème métaphysique de la liberté morale, qu'il était un des deux labyrinthes de la raison humaine; l'autre étant constitué par celui de l'infini mathématique. Si cette notion fuyante du préjudice était un labyrinthe pour LEIBNITZ, elle l'est demeurée après lui et le demeure encore actuellement.

Nous ne nous dissimulons pas en effet les côtés arides et difficiles d'un sujet où les principes et les idées générales sont rares, où la jurisprudence fait souvent la règle nécessairement changeante et souvent indécise, et où, par suite, il est malaisé de poser avec quelque certitude des solutions précises.

Nous n'avons pas eu la prétention dans ce modeste travail de traiter et d'éclaircir les points obscurs qui se présentent nombreux à l'esprit dans une matière particulièrement délicate. L'analyse approfondie des éléments du problème peut seule indiquer la solution.

Quel est le rôle du préjudice dans l'infraction pénale? Cette question pourrait être traitée, d'une

manière générale en envisageant l'élément préjudice comme élément constitutif de l'infraction pénale; l'expression infraction pénale étant prise dans son sens le plus large. Le problème, ainsi généralisé aurait l'étendue et la portée de tous les problèmes généraux dans toutes les sciences. Mais nous ne pouvons avoir une telle prétention et espérer réussir une synthèse aussi élevée; aussi, malgré la portée générale de notre titre, nous nous sommes contentés d'envisager la notion de préjudice dans quelques délits particuliers constituant une atteinte à la propriété.

Le plan de notre travail est, par suite, facile à tracer; il comporte deux parties dans lesquelles nous étudierons successivement le rôle joué par la présence du préjudice dans la naissance de l'infraction pénale, et enfin l'influence de ce préjudice dans la détermination de la peine.

Le titre de notre étude nous dicte des considérations générales sur l'existence et la nature du préjudice et sur la classification des infractions pénales en trois catégories, compte tenu de l'élément préjudice.

Dans le langage juridique moderne on emploie comme synonyme les expressions préjudice et dommage. A l'origine dans le très ancien droit et dans le droit romain elles n'avaient pas le même sens. Le *Damnum* de la loi *Aquila* était l'atteinte à l'intégrité d'une chose. Cette atteinte était sanctionnée sans qu'on recherche si elle causait ou non un préjudice au propriétaire et aucun autre préjudice n'était sanctionné. Les jurisconsultes romains essayèrent de remplacer la notion de dommage par celle de préju-

dice; ils comprirent que ce qui importait ce n'était pas la constatation d'une atteinte matérielle à une chose (*damnum*) mais celle du préjudice subi, de ce fait, par le propriétaire; aussi décidèrent-ils que le simple *damnum* qui ne causait pas de préjudice ne donnait lieu à aucune réparation. Mais ils ne purent pas pousser leur système jusqu'au bout; les textes ne visant que des cas d'espèce ne leur permirent pas de poser en principe que tout préjudice naissant ou non d'un *damnum* devait être réparé en vertu de la loi *Aquiliana*; d'autant plus que, si restreinte que soit déjà la notion de *damnum*, ladite loi ne sanctionnait pas le *damnum* dans tous les cas; elle exigeait la réunion de plusieurs conditions, système qui restreignait encore l'application des principes.

Ce qu'il y a de certain, c'est qu'en droit romain le préjudice est le même, qu'il y ait ou non intention de nuire, et de nombreux passages du *Digeste* mettent le dol et la faute sur un pied d'égalité (1).

Dans notre ancien droit les grands coutumiers des XIII^e et XIV^e siècles ne s'arrêtent pas à élucider la question du préjudice; aussi nous ne possédons de cette époque aucune définition du préjudice.

De nos jours la question est demeurée en son entier; la Doctrine ne peut nous fournir aucun critérium nous permettant de définir le préjudice. Nous avons même pu remarquer qu'elle ne s'était guère efforcée d'en découvrir un, bien que le silence du Code lui laisse toute latitude en la matière.

(1) F2, 21, § 2, D. ad legem Aquilianam Q. 2.

Si l'on consulte un dictionnaire juridique au mot préjudice, on trouve la définition suivante: Le préjudice c'est le dommage matériel ou moral causé à un individu. Et si l'on recherche dans ce même dictionnaire le sens de dommage ou s'aperçoit qu'il est défini par le mot préjudice, ce qui prouve donc que dans le droit moderne les expressions dommage et préjudice sont synonymes.

Toutefois l'expression dommage a un sens plus général que le mot préjudice. En effet, on peut dire que le préjudice n'est autre chose que le dommage envisagé d'un point de vue objectif relativement à la personne qui le subit.

Comment la jurisprudence a-t-elle réagi en face de cette situation? Quel guide a-t-elle adopté dans la définition de l'élément préjudice? Dans aucun arrêt nous ne trouvons une définition de la notion de préjudice. Si la règle, à suivre ne nous est pas expressément indiquée, peut-être découvrirons-nous le principe appliqué en examinant pour chaque cas les solutions apportées journellement au problème.

CLASSIFICATION DES INFRACTIONS D'APRÈS L'ÉLÉMENT PRÉJUDICE

Lorsqu'un dommage s'est produit, toutes les législations du monde sont impuissantes à l'effacer en tant que fait accompli. Tout leur pouvoir consiste, s'il y a lieu, à en déplacer la charge définitive au mieux de la justice et de l'utilité sociale (2).

(2) MATAJA, *Das Recht des Schadenersatzes*.

C'est une idée très logique qui a conduit le législateur à faire du préjudice une condition préalable de toute poursuite postérieure, l'application pure et simple de l'adage de procédure « pas d'intérêt, pas d'action ».

Les peines étant édictées en vue de punir, mais aussi de prévenir, les actes nuisibles à d'autres que leurs auteurs, il est universellement admis en doctrine et en jurisprudence que le préjudice est un élément essentiel de toute poursuite pénale.

On peut ainsi classer en trois catégories les délits de droit pénal.

A) Parmi les actes punis par le droit criminel il y en a, en effet, qui ne causent aucun préjudice à autrui. Ce seront par exemple, la mendicité, les contraventions de simple police, les délits de chasse (3), le vagabondage, la tentative d'assassinat ayant manqué son effet, etc...

L'intérêt social exige que ces faits soient réprimés par une pénalité, mais aucun intérêt individuel froissé ne peut faire la base d'une demande en réparation civile.

B) Dans une deuxième catégorie nous trouvons des infractions où le préjudice à des droits déterminés se double d'un préjudice social. Dans ce cas, même si le dommage causé à des intérêts particuliers vient à disparaître, l'infraction se trouve néanmoins réalisée, attendu que le préjudice social subsiste par le fait même de la commission d'un acte interdit par

(3) Il faut exclure de cette catégorie le délit de chasse sur le terrain d'autrui.

la loi. Le préjudice, élément d'existence de l'infraction se confond avec le fait matériel qui réalise l'acte incriminé.

Dans cette hypothèse où le préjudice individuel vient à disparaître nous nous trouvons alors en présence d'une infraction d'un caractère semblable à celles que nous avons classées dans la première catégorie.

L'homicide avec consentement ou ordre de la victime est l'exemple le plus courant de cette sorte d'infraction. Les lois criminelles modernes et particulièrement le Code pénal n'ont incriminé ni le suicide ni sa tentative, d'où par incidence en l'absence d'un fait principal, la complicité de suicide n'est pas punissable.

Mais il ne faut pas confondre cette infraction avec la seconde forme que peut revêtir la participation au suicide, c'est-à-dire le fait de celui qui donne volontairement la mort à une personne, de son consentement, sur son ordre ou sur sa prière.

Dans ce cas, en effet, l'auteur ne s'est pas borné à une simple assistance, à des conseils; sa coopération au lieu de rester passive a été active. C'est lui-même qui a porté le coup mortel à sa victime; il y a là un fait punissable en soi qui constitue un crime non justifié ni excusé par le consentement de la victime.

La solution du droit anglais est catégorique sur ce point; elle considère que, même si l'auteur a accompli son acte dans l'intention d'abrégier les souffrances de la victime et sur les supplications de cette dernière, il sera néanmoins coupable de meurtre, et, d'après la

Common Law anglaise, le consentement de la victime n'a même pas pour résultat d'atténuer la responsabilité du coupable.

C) Enfin, dans une troisième et dernière catégorie, nous rencontrons les infractions pour lesquelles le préjudice est exigé comme élément constitutif. C'est dans cette catégorie que figurent les délits contre la propriété: escroquerie, faux, abus de confiance, vol, incendie volontaire à propos desquels nous étudierons la notion de préjudice dans l'infraction pénale.

Pour qu'il y ait responsabilité pénale il faut au moins que la pensée de l'auteur incriminé se soit extériorisée, qu'elle se soit traduite dans le domaine des faits, qu'il y ait eu ce qu'on appelle un commencement d'exécution!

Mais il n'est nullement nécessaire, au moins en règle générale, que l'exécution commencée s'achève; quand même l'agent ne peut pas accomplir l'acte qu'il désire il en est pénalement responsable. Dans ce cas, il y a bien préjudice pour la Société, parce que, dès que l'infraction entre dans la phase de l'exécution, elle menace l'ordre social; cependant il n'y a pas de dommage privé, aucun particulier n'est lésé; c'est par là que la responsabilité pénale se distingue de la responsabilité civile. En droit civil, en effet, tant qu'il n'y a pas une victime, il ne saurait être question de responsabilité civile et le préjudice énoncé plus haut en matière pénale ne peut être pris en considération.

La responsabilité juridique suppose nécessairement l'existence de préjudice. Mais les dommages qui troublent l'ordre social peuvent être de nature fort

différente. Tantôt ils frappent la Société, tantôt une personne déterminée, parfois d'ailleurs ils atteignent du même coup l'un et l'autre.

La Société doit se défendre contre tous les faits qui lui causent un dommage, c'est-à-dire menaçant l'ordre sur lequel elle est établie. La responsabilité pénale se sépare de la responsabilité morale, en raison du fait que le droit pénal, dans certains cas où l'acte d'un individu fait courir un danger à la Société, a frappé l'auteur de cet acte indépendamment de la question de savoir s'il y a eu ou non faute intentionnelle. Il en est ainsi dans le domaine des contraventions et délits dimprudence; il en résulte que dans ce domaine la faute pénale est très proche de la faute civile.

La jurisprudence est unanime à déclarer qu'il ne peut y avoir de responsabilité sans un dommage et l'immense majorité de la doctrine se contente d'enregistrer cette règle, puisqu'il s'agit de réparer, encore faut-il qu'il y ait quelque chose à réparer.

Article 1382 du Code civil dans le domaine délictuel. — Le seul fait qui donne lieu à réparation c'est celui « qui cause à autrui un dommage... ».

Il faut signaler également dans notre introduction le rôle important que joue l'élément préjudice dans la détermination de la peine. Notre Code pénal tient compte avec raison de l'élément préjudiciable dans quelques cas spécifiquement énumérés où les juges et surtout les jurés pourront restreindre ou augmenter la culpabilité judiciaire en accordant ou en refusant les circonstances atténuantes.

PREMIÈRE PARTIE

Le préjudice dans l'incrimination
et la notion de préjudice

TITRE PREMIER

LES ÉLÉMENTS FORMELS DU PRÉJUDICE

L'expression « éléments formels » par son ampleur nous permet d'étudier dans cette partie les différents aspects que peut revêtir le préjudice.

Nous étudierons donc, en prenant des exemples dans différents délits contre la propriété, le préjudice matériel et moral, le préjudice social et le préjudice éventuel.

Le dommage subi peut être, selon les cas, d'une nature très différente; tantôt il atteint la victime pécuniairement, il se traduit par une diminution de son patrimoine, tantôt au contraire, il n'entraîne pas de perte en argent, la victime est frappée moralement, par exemple dans son honneur ou dans ses affections. Dans le premier cas il y a préjudice matériel, dans le second, préjudice moral ou extra-pécuniaire.

Il est certain depuis toujours que le préjudice matériel ouvre un droit à réparation à toute personne en mesure d'en établir la réalité. Au contraire on a longtemps discuté et l'on discute encore la question de savoir si l'on peut se prévaloir d'un préjudice moral.

Si l'acte accompli dans le but de nuire à autrui est incapable d'atteindre ce but, il se réduit alors à la ma-

nifestation impuissante d'une pensée coupable, la loi pénale néglige de s'en occuper car elle n'a pas pour objet de punir les volontés mauvaises.

« Elle abandonne aux seules sévérités de la conscience et de la loi religieuse quelle que soit la perversité de l'intention qu'ils révèlent, les actes qui par leur nature sont dénués d'efficacité » (BOITARD).

CHAPITRE PREMIER

LE PRÉJUDICE MATÉRIEL GÉNÉRALITÉS

Il ne faut pas confondre le délit en lui-même avec le tort qu'il cause à la société ou au particulier qui en est l'objet.

Il n'est pas douteux, écrit M. SALEILLES que le droit pénal primitif n'ait été purement objectif. On ne tient compte que du fait réalisé. La personnalité de l'agent est indifférente, on l'ignore. C'est avant tout le dommage seul qui est pris en considération..., c'est la culpabilité elle-même prise du point de vue moral qui fait défaut. On ne s'attache qu'au résultat; un dommage individuel ou social a été réalisé, il faut une réparation, une sanction; que l'agent, moralement, soit ou non coupable, peu importe, il y a mal matériel, il faut une victime. Le système du Vergeld, en droit pénal primitif, était un droit pénal exclusif de l'idée de faute (individualisation de la peine).

D'une manière générale, la jurisprudence française reconnaît qu'il y a relation causale lorsqu'on peut affirmer qu'en l'absence du fait incriminé le dommage ne se serait pas produit (1).

(1) PLANIOL, *Traité pratique de droit civil français*, tome VI.

N'oublions pas la théorie anglaise qui rattache le préjudice à la condition la plus rapprochée de l'effet produit dans le temps et l'espace.

Tout dommage matériel permet à la victime de demander une réparation ou du moins lorsque les autres éléments constitutifs de la responsabilité sont réunis, c'est-à-dire lorsque l'auteur du préjudice a commis une faute et qu'il existe un lien de cause à effet entre cette faute et le préjudice.

Les rédacteurs du Code ont employé des formules aussi larges que possible et les travaux préparatoires démontrent qu'ils ont entendu accorder une indemnisation à tous ceux qui subissent un préjudice pécuniaire quelconque, si léger soit-il (2), sans distinguer entre le dommage corporel et le dommage patrimonial.

Mais si le principe est incontesté, son application ne laisse pas de soulever bien des difficultés. Il est souvent délicat de dire « subit réellement un préjudice ».

Dans quels cas existe le préjudice?

SECTION I

Le faux

Si nous recherchons le préjudice matériel dans le faux nous verrons que ce dernier a ordinairement pour but et pour effet de léser un particulier dans sa fortune; c'est en se plaçant à ce point de vue que l'article 164 frappe ce crime d'une amende qui peut être

(2) *Gazette du Palais*, 1932-1-925.

portée jusqu'au quart du bénéfice que le faux a procuré ou était destiné à procurer à ses auteurs.

C'est un principe universellement admis que les peines sont édictées en vue de prévenir des actes nuisibles à d'autres qu'à leurs auteurs (3).

« Non punitur falsitur in scriptura quae non solum non nocuit, sed nec erat apta nocere ».

La jurisprudence a posé en principe depuis 1837 qu'il n'y a de faux punissable que lorsque la pièce fabriquée, falsifiée ou altérée est de nature à porter préjudice à autrui (4).

L'existence du préjudice est un des points les plus délicats en matière de faux; il ne suffit pas que la vérité ait été altérée dans un écrit, même avec une intention frauduleuse pour que le crime de faux soit constitué, il faut encore que ce mensonge puisse causer un préjudice.

Le plus souvent, le préjudice matériel apparaît clairement; cependant il est des cas douteux où la matérialité du préjudice n'est pas évidente ni facile à saisir.

Il a été jugé que constituaient des altérations préjudiciables de la vérité.

1° « Le fait pour un individu d'avoir contrefait la signature d'un tiers dans des déclarations ou actes devant notaire par lesquelles il s'engageait à prendre en prêt à intérêt une somme, en offrant une affectation hypothécaire sur les propriétés de la personne

(3) HÉRIARD, *Faux: De la distinction du faux en écritures et de l'escroquerie*. Thèse, Bordeaux.

(4) D. 1836 f. 436.

dont il avait usurpé le nom. Cette contrefaçon de signature était de nature à porter préjudice au notaire dont la responsabilité était engagée, à la personne dont la signature avait été contrefaite, ou enfin au prêteur ».

Dans cette affaire où, comme on le voit immédiatement, le préjudice matériel est assez peu apparent se posait une deuxième question que nous retrouverons d'ailleurs plus loin.

A savoir y a-t-il préjudice possible, quand l'acte falsifié se trouve affecté de quelque vice pouvant faire obstacle à son efficacité? Question embarrassante qui se pose particulièrement d'une façon plus aiguë à propos de l'altération de vérité commise dans un acte authentique. Or, précisément dans l'affaire qui a retenu notre attention il y a quelques instants, la Cour de Cassation a décidé que l'apposition d'une fausse signature sur un acte notarié constitue une tentative punissable de faux en écriture authentique et publique quoique cet acte soit resté imparfait par suite de circonstances indépendantes de la volonté de son signataire (5).

Dans cette affaire, en effet, l'acte signé par le prétendu Brettromi et le notaire était resté à l'état imparfait, par suite du désir de ce dernier de prendre des renseignements sur l'identité de l'emprunteur et a fini par être inexécuté.

Cette imperfection et cette inexécution, toutes du fait du notaire, sont entièrement indépendantes de

(5) Cassation, 14 octobre 1854. S. 54-I-825.

(6) S. 1849-I-202.

l'accusé, qui en signant le dit acte a accompli le contrat de prêt frauduleux en tout ce qui pouvait relever de sa volonté.

Il a été jugé également en matière de douanes que le commerçant, qui, dans le but de se faire délivrer par la Régie, moyennant des droits inférieurs à ceux légalement dus, des marchandises importées de l'étranger et de frauder ainsi le trésor public, a altéré ou fait altérer des feuilles de gros dressées en France à l'entrée desdites marchandises et accompagnant celles-ci jusqu'à l'acquittement des droits, est avec raison déclaré coupable, non d'une simple contravention aux lois de douane mais d'un véritable faux tombant sous la répression édictée par le Code pénal.

SECTION II

Le préjudice matériel dans l'escroquerie

L'article 405 du Code pénal précise que le prévenu a dû, en se faisant remettre un objet, escroquer tout ou partie de la fortune d'autrui. La loi exige donc que la remise ait causé un préjudice matériel au propriétaire de la chose.

La jurisprudence a toujours considéré que la loi établissant ainsi un troisième élément du délit, élément distinct de la remise de la chose. Les manœuvres et la remise ne sont donc que des actes d'exécution du délit, sa consommation exige quelque chose de plus : à savoir l'escroquerie de la chose d'autrui.

Pour que l'escroquerie soit consommée, il faut que la dupe ait éprouvé une perte, qu'elle subisse un pré-

judice pécuniaire. Il découle de cette constatation qu'il n'est point nécessaire que l'escroc se soit lui-même emparé de la chose et se soit enrichi; ce qu'il faut c'est que la victime des manœuvres ait éprouvé un préjudice. Nous pouvons dès lors poser sans plus tarder la règle qu'il n'y a pas d'escroquerie sans préjudice; d'où il ne peut exister de délit punissable si les manœuvres frauduleuses et la remise de la chose ne peuvent causer aucun préjudice.

D'autre part le délit existe lorsque le préjudice est réalisé, alors même que l'escroc ne se serait pas approprié l'objet qui a été livré.

Cette constatation découle de la simple lecture de l'article 405 du Code pénal qui n'exige pas la remise de la chose entre les mains mêmes de l'escroc.

C'est ainsi que dès 1838 la Cour exprimait cette idée en ces termes :

« La Cour, vu l'article 405 du Code pénal. Attendu que cet article en spécifiant comme l'un des éléments essentiels du délit ou de la tentative d'escroquerie, la délivrance ou la remise de fonds, meubles, obligations, billets, promesses, quittances ou décharges, n'a pas exigé que cette délivrance ou remise fut opérée, dans les mains de l'auteur du délit ou de la tentative.

« Attendu que dans l'espèce le jugement attaqué constate le dépôt d'une somme et d'un billet dans les mains d'un tiers.

« Attendu que le fait de ce dépôt, rapproché des circonstances qui l'ont amené, réunit tous les caractères légaux de la tentative d'escroquerie; que s'il n'a pas assuré aux prévenus le bénéfice illicite qu'ils en

attendaient, c'est à raison de ce qu'un événement, auquel leur volonté est restée étrangère, n'a pas favorisé leur conception de fraude; mais que le propriétaire des valeurs déposées ne s'est pas moins dessaisi de ces valeurs. Qu'ainsi en n'appliquant pas aux faits reconnus par lui la peine prononcée par l'article 405 le Tribunal de Mende a violé ledit article. Casse (7) ».

De l'idée que l'on vient de dégager précédemment en découle une seconde, à savoir que le délit d'escroquerie existe, indépendamment du profit que son auteur a pu en retirer, dès qu'il a causé un préjudice à cet auteur; corrélativement le délit ne peut pas exister en l'absence du préjudice. Il a été décidé en ce sens que ne constitue pas le délit d'escroquerie, le fait par un individu de prendre la fausse qualité d'employé du Crédit foncier et d'employer des manœuvres frauduleuses afin d'amener un tiers à verser une certaine somme et à contracter des engagements pour devenir propriétaire de fractions d'obligations du Crédit foncier (8).

L'escroquerie cesserait également faute de préjudice, si l'auteur des manœuvres frauduleuses n'en avait usé que pour se faire remettre sa propre chose injustement gardée par un tiers; c'est de cette idée qu'a fait application la Cour de Cassation dans un arrêt du 5 novembre 1897 (9), en décidant qu'un débiteur ne commet pas une escroquerie en se faisant

(7) S. 38-1-183. Villa et Rouquette.

(8) *Pandectes* 99-1-92.

(9) S. 1909-2-269.

remettre par des manœuvres frauduleuses des sommes saisies arrêtées après le jugement validant la saisie mais avant que ce jugement ne soit devenu définitif.

Plus délicate est la question de savoir si le créancier commet une escroquerie en employant des manœuvres pour se faire remettre la chose qui lui est due. —Ainsi jugé...

« Le délit d'escroquerie devant avoir pour résultat d'escroquer ou de tenter d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui, ne commet pas une escroquerie le propriétaire d'un objet qui emploie la ruse ou la fraude pour rentrer en possession de cet objet dont il s'est trouvé momentanément dessaisi.

Si l'on a employé des manœuvres frauduleuses pour recouvrer la possession d'une chose dont on est propriétaire, on peut suivant les circonstances faire un acte blâmable mais assurément on n'est pas coupable d'escroquerie.

Il en est ainsi spécialement du débiteur qui ayant constitué en gage au profit de son créancier un objet lui appartenant, et qui a été remis aux mains d'un tiers convenu, parvient à l'aide de manœuvres frauduleuses, à reprendre cet objet des mains du tiers convenu.

Mais ce fait constitue le délit de détournement d'objet remis en gage.

En cas de chose simplement due, on pourrait soutenir que le préjudice n'existe pas.

Cependant le créancier n'a qu'un *jus ad rem*; d'où il y a vice du consentement du débiteur. Si la dette

est à terme ou sous condition, le préjudice apparaît clairement (10).

Il existe des cas où le préjudice matériel n'existe pas aussi clairement; par exemple, que décider dans le cas où une personne à l'aide de manœuvres frauduleuses caractérisées est parvenue à se faire remettre une somme à titre de prêt?... Est-elle punissable si elle est solvable et si elle rembourse exactement à l'échéance? En analysant cette opération nous n'y trouvons qu'un contrat de prêt complètement exécuté par le remboursement.

Dans ce cas les auteurs font des distinctions s'il y a ou non des garanties.

GARÇON, dans son code pénal annoté, décide que, même si les garanties fournies ne sont pas illusoires il y a préjudice, d'où délit, dès que le prêteur a consenti un prêt malgré lui.

Certains auteurs s'appuyant sur quelques décisions de jurisprudence affirment que pour la jurisprudence ce troisième élément prétendu du délit se confond avec l'intention frauduleuse. Ainsi d'une part elle applique les peines de l'escroquerie à celui qui pratique l'escroquerie à la vente, quand bien même l'objet, vendu grâce aux manœuvres frauduleuses, valait le prix que l'escroc en a retiré (11).

A celui qui par des manœuvres frauduleuses a obtenu qu'une personne contracte une police d'assurances avec une compagnie autre que celle avec laquelle cette personne voulait contracter, quand bien

(10) Cassation, 16 décembre 1871.

(11) *S.* 97-1-59.

même la compagnie ainsi substituée à une autre serait sérieuse, solvable et offrirait les mêmes garanties (12-13).

Ces décisions, disent-ils, sont incompatibles avec le système d'après lequel l'escroquerie n'existe que si un préjudice a été subi par la victime de l'escroquerie.

A mon avis ces auteurs ont le tort de restreindre plus qu'il ne convient le sens du mot préjudice.

C'est en partant de cette idée fausse que ceux qui pratiquent l'escroquerie à la vente se défendent en soutenant que l'acheteur n'a subi aucun préjudice parce que l'objet vendu vaut le prix qu'ils en ont reçu.

Le délit existe, alors même que la marchandise aurait été achetée à un prix à peu près équivalent à sa valeur, si l'acceptation de l'offre n'a pas été librement consentie et a été extorquée par des manœuvres frauduleuses (14).

SECTION III

Incendie volontaire

Le Code, disait FAURE dans la séance du corps législatif du 9 février 1810, après s'être occupé des attentats à la propriété qui ont pour objet de s'enrichir aux dépens d'autrui, soit par fraude, soit par violence, s'occupe de ceux qui n'ont pour but que de satisfaire la vengeance ou la haine et qui, dès lors dérivent uniquement de la méchanceté. Dans cette dernière espèce de crimes ou délits, le coupable ne

(12) S. 57-1-616.

(13) S. 65-1-365.

(14) Cour Cassation, 23 avril 1910. B.C. n° 223.

prend point une chose qui appartient à autrui afin d'en jouir lui-même, mais il détruit cette chose pour qu'un autre n'en jouisse pas. Au premier rang de ces attentats est le crime d'incendie.

LOCRE prétendait que le Code pénal ne punissait que l'incendie de choses appartenant à autrui (15). La Cour de Cassation elle-même avait hésité sur la solution.

Il est évident que tous les crimes d'incendie prévus par l'article 434 sont intentionnels; cette théorie de l'intention a soulevé en cette matière des difficultés très délicates, sur lesquelles les auteurs sont profondément divisés et que la jurisprudence n'a point résolues avec sûreté.

De l'incendie volontaire de la chose d'autrui, la question est tellement évidente que nous ne l'étudions pas ici. Mais au contraire la question est d'un intérêt capital sur le point de savoir si l'incendie de sa propre chose constitue un crime ou un délit.

Celui qui met le feu à sa propre chose, n'est punissable que si l'incendie a causé ou était susceptible de causer un préjudice à autrui, soit dans sa personne, soit dans ses biens. Voici formulé, le principe qui nous servira à établir les cas où il y a incendie volontaire punissable.

Sous l'empire du Code pénal on avait soutenu que l'article 434 n'était jamais applicable au propriétaire qui mettait volontairement le feu à sa propre chose, et la jurisprudence, sur ce point, rendait des arrêts contradictoires.

(15) T. XXXI, p. 157. LOCRÉ.

La réforme de 1832 a mis fin à ces controverses.

En principe le propriétaire peut sans délit détruire par le feu sa propre chose, il exerce ainsi son *jus abutendi*. Toutefois l'exercice de ce droit ne doit menacer ni la vie des personnes ni porter un préjudice quelconque à autrui. Le législateur a montré ainsi sa volonté de punir l'incendie, quelles que soient l'importance et la nature du préjudice causé, et encore bien qu'il fut simplement futur et éventuel. Quelques auteurs pensent même que l'expression légale « préjudice quelconque » comprendrait même le préjudice simplement moral (16).

A l'opposé on trouve la théorie de M. GARÇON (17) : Il faut au contraire que le préjudice soit appréciable et direct.

Il est plus logique de penser comme M. GARRAUD, que le législateur, en se servant de l'expression préjudice quelconque, a voulu ainsi affirmer sa volonté de punir l'incendie volontaire quelles que soient l'importance et la nature du préjudice causé.

Dans les crimes prévus par les paragraphes 4 et 6 de l'article 434, la circonstance du préjudice causé est élémentaire et constitutive, puisque sans cette condition le fait principal serait dépourvu du caractère qui le constitue crime.

En effet, l'incendie dans ces cas n'est punissable qu'à raison du préjudice causé à un tiers.

En principe, l'incendie de sa propre chose n'est pas un crime, à condition qu'on en soit propriétaire exclu-

(16) GARRAUD, *Droit pénal*, 6^e édition, p. 601.

(17) GARÇON, *Code pénal*, livre III.

sif et non co-propriétaire, nu propriétaire, ou usufruitier.

Dans une première hypothèse nous allons envisager le cas où un propriétaire met le feu à sa propre maison qu'il sait habitée.

L'article 434 ne distingue pas alors si l'auteur de l'incendie était ou non propriétaire, il s'agit ici de la protection de la vie humaine, mais la condition d'habitation ne constitue pas seulement une circonstance aggravante mais un des éléments constitutifs du crime ; ainsi jugé... (18).

« La circonstance d'habitation étant constitutive
« du crime quand l'édifice incendié appartient à
« l'accusé ; c'est avec raison qu'elle est comprise dans
« la question relative au fait d'incendie. En principe !
« car le 4^e alinéa de l'article 434 punit des travaux
« forcés à temps celui qui, en mettant ou en faisant
« mettre le feu à l'un des objets énumérés par l'alinéa
« précédent et à lui-même appartenant, aura volon-
« tairement causé un préjudice quelconque à autrui ».

Si les lieux incendiés par le propriétaire ne servent pas à l'habitation, le crime disparaît (19).

La chose incendiée doit être une de celles énumérées par l'article 434 du Code pénal, l'auteur doit être propriétaire exclusif de la chose.

« Dans une accusation d'incendie d'une maison
« habitée, la circonstance d'habitation est constitu-
« tive du crime au cas où la maison appartenait à
« l'accusé, et seulement aggravante au cas où la mai-

(18) S. 1861-2-385.

(19) Cassation, 14 janvier 1847. S. 47-1-392.

« son appartenait à autrui. Et il en est ainsi dans le
« premier cas, alors même que, la maison étant assu-
« rée, l'incendie a causé préjudice à autrui. Cette
« circonstance n'est point par elle-même un élément
« constitutif du fait principal, mais doit faire l'objet
« d'un chef distinct d'accusation ».

Cet arrêt, qui statue en vue de l'hypothèse où la maison incendiée appartenant au prévenu et habitée était assurée, en sorte que l'incendie avait eu pour effet de causer un préjudice à autrui, voit dans cette circonstance non pas un élément constitutif du crime, mais un fait distinct devant nécessairement former un chef particulier de prévention.

Cette appréciation est fausse. On doit par identité de raison appliquer à la circonstance de préjudice pour autrui ce que l'on décide à l'égard de la circonstance de propriété d'autrui. La première de ces circonstances suffit comme la seconde, pour rendre l'incendie punissable. La Cour suprême dans un arrêt rendu le 27 août 1847 rapporté au bulletin criminel s'est prononcé dans ce sens (20).

Cas précisément d'assurance d'une maison incendiée par celui auquel elle appartenait (21).

La deuxième hypothèse, la plus fréquente, a trait à l'incendie volontaire de sa propre chose afin de toucher le montant de l'indemnité d'assurance; dans ce cas l'application de l'article 434 ne peut alors soulever aucun doute. Les polices d'assurances contiennent

(20) FAUSTIN-HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 9, p. 102, et *B.C.* 47, n° 197.

(21) Cassation, 13 janvier 1857. *B.C.* 352.

toutes une clause aux termes de laquelle aucune indemnité n'est due lorsque l'assuré met lui-même le feu à la chose assurée. Mais l'éventualité de verser le montant de l'indemnité si le crime n'est pas prouvé suffit pour constituer un préjudice dans le sens où l'entend la loi.

A rapprocher du faux.

Un débiteur souffre un dommage par cela seul qu'il est obligé de prouver sa libération et qu'il peut être obligé de soutenir un procès dispendieux.

Le propriétaire a dû savoir qu'il causait un préjudice à autrui. Peu importe qu'en fait le préjudice ait été réalisé ou non, peu importe également la nature du préjudice éprouvé, actuel ou simplement éventuel. Mais encore faut-il un préjudice au moins éventuel; ainsi le crime disparaîtrait, alors même que la chose incendiée par le propriétaire serait assurée si toute éventualité de préjudice faisait défaut, par exemple si le propriétaire voulait se débarrasser de sa chose pour raison d'opportunité qu'il est seul à apprécier, y met le feu après avoir au préalable déclaré expressément que cet objet a cessé d'être couvert par l'assurance.

On s'est demandé, à ce sujet, si une simple lettre missive adressée à l'assurance suffisait. Oui, à notre avis.

Envisageons quelques hypothèses analogues.

Le crime existe, non seulement lorsque le feu a été mis avec la volonté de toucher le montant d'une assurance, mais encore, lorsqu'il a été mis avec la volonté de priver le vendeur de son privilège ou de brûler la

récolte d'autrui enfermée dans l'édifice (22) ou encore de priver un créancier du gage hypothécaire qui lui a été conféré.

Le crime dans ce cas résulte de ce que le feu a été mis avec la volonté de causer préjudice à autrui; cette circonstance est un élément constitutif du crime, puisque sans cette condition, le fait principal serait dépourvu du caractère qui le constitue crime: à savoir le préjudice causé à autrui.

Au point de vue procédure, il est évident que le jury doit, sous peine de nullité, être interrogé sur cette circonstance.

SECTION IV

Du vol

L'article 379 du Code pénal définit le vol « la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ». Il ressort de cette définition que l'existence de ce délit est subordonnée à trois conditions. Il faut: 1° une soustraction; 2° qui ait pour objet la chose d'autrui; 3° qui soit frauduleuse.

Les jurisconsultes romains exigeaient en outre chez le « fur » la volonté de s'approprier la chose soustraite en vue d'en tirer un profit pour lui-même ou pour un tiers. L'article 379 du Code pénal ne se préoccupe pas de cet *animus lucri faciendi* (23).

Nous n'envisagerons ici que le deuxième élément, à savoir que la chose soustraite appartient à autrui, condition nécessaire pour que l'élément préjudice

(22) Cassation, 7 janvier 1826. B.C. n° 5.

(23) Cour cassation, 28 nivôse an IX. S. 1-416.

puisse être réalisé. Si par conséquent c'est une *res nullius* ou une *res derelicta*, aucune poursuite n'est possible.

Les choses que l'on désigne sous le nom de *res nullius vel nullius in bonis* sont celles qui, ne pouvant entrer dans le patrimoine d'une personne déterminée que par un fait d'appréhension ou d'occupation, restent jusque-là sans propriétaire. Tels sont les animaux sauvages en état de liberté naturelle, les poissons de la mer et des eaux courantes.

Sous l'expression *res derelictae*, nous classons les choses abandonnées intentionnellement par leur propriétaire dans le but de les laisser avenir au premier occupant (24).

Il était autrefois un mode de s'approprier la chose d'autrui que les progrès du droit des gens ont fait peu à peu réprouver. Il s'agit du butin ramassé sur le champ de bataille et considéré comme *res nullius*. Effectivement cet objet devenait la propriété du premier occupant, tout au moins lorsqu'il était appréhendé par un individu qui ne faisait pas partie d'un corps de troupes régulières (25).

Actuellement il faut faire disparaître de nos livres et de nos lois ces mots; aujourd'hui le butin c'est le vol, c'est ce qu'a décidé la Cour de Cassation (26) au sujet de soldats prussiens qui, agissant isolément et sans réquisition, avaient, dans une commune occupée depuis un certain temps et où toute lutte avait cessé,

(24) Edmond TRIBUT, *Notion de la soustraction comme élément constitutif du vol*. Thèse, Paris 1904.

(25) ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t. I, n° 221.

(26) *D.* 72-1-273.

enlevé par force de la cave d'un particulier les vins et liqueurs qu'il y tenait enfermés.

Une seule exception est admise en ce qui concerne les armes et les munitions qui deviennent la propriété de l'Etat auquel appartient celui qui s'en empare.

L'enlèvement des boues et immondices abandonnés sur la voie publique ne constitue pas un vol, parce qu'il y a enlèvement de ces *res derelictae*, s'il s'agit d'ordures ménagères par exemple; d'une *res nullius*, lorsque la soustraction porte sur des ordures qui n'ont jamais fait l'objet d'une appropriation.

Aucun préjudice n'a pu être causé dans ces différents cas.

On ne peut pas considérer comme choses abandonnées les suaires et vêtements qui enveloppent les morts ainsi que les autres objets déposés dans les cercueils (27).

Le vol d'une chose indivise a soulevé pas mal de difficultés; cette question que le droit romain connaissait déjà et avait résolu d'une façon contraire à la solution actuelle est une des plus controversées.

Cependant une jurisprudence à peu près constante décide qu'il y a vol dans le fait d'un co-propriétaire qui s'approprie les fruits d'un immeuble indivis, de l'héritier qui soustrait des billets au nom du *de cujus* et les fait mettre en son nom (28).

« Le déplacement de la possession d'une chose
« commune par un héritier au préjudice et contre la
« volonté de son co-héritier constitue une soustrac-

(27) D. 65-4-418.

(28) D. 71-2-127.

« tion frauduleuse. Dès lors est avec raison déclaré
« coupable de vol l'héritier qui, profitant de la mala-
« die de son co-héritier, fait renouveler et passer
« exclusivement à son nom les titres de créances non
« encore partagées et ne lui appartenant que pour
« partie ».

Cette solution est conforme à l'équité qui commande en effet de reconnaître que celui qui s'empare frauduleusement d'une chose qui ne lui appartient qu'en partie commet nécessairement un vol de la partie qui ne lui appartient pas (29).

Pendant certains auteurs comme MM. BOURGUIGNON, RAUTER, le SELLYER, prétendent que le co-héritier ou le co-propriétaire, qui s'approprie une chose commune, doit croire qu'il s'approprie une chose dont il est déjà propriétaire; l'absence d'intention frauduleuse suffit donc pour écarter toute incrimination de vol.

SECTION V

Abus de confiance

A. Mineur.

Les éléments du délit sont :

- 1° L'état de minorité de la victime;
- 2° Le fait que le mineur a soustrait à son préjudice un engagement écrit pour prêt d'argent ou de choses mobilières ou d'effets de commerce ou de tout autres effets obligatoires;

(29) HÉLIE-CHAUVEAU, t. 6, p. 384.

3° La circonstance que le coupable a abusé des besoins, des faiblesses ou des passions du mineur ;

4° L'intention frauduleuse (article 406).

Que le mineur ait souscrit à son préjudice des obligations, quittances ou décharges pour prêt, sous quelque forme que cette négociation ait été faite ou déguisée.

De cette formule vague nous tirons la nécessité de l'existence de trois conditions :

1° Que le mineur abusé ait signé des obligations, quittances ou décharges ;

2° Que ces obligations aient pour cause un prêt d'argent, de choses mobilières ou d'effets de commerce ;

3° Qu'elles soient préjudiciables au mineur.

C'est un fait constant que le délit n'est punissable que si l'obligation souscrite par le mineur en reconnaissance d'un prêt est de nature à lui causer préjudice.

Cependant certains auteurs émettent une opinion différente :

Le délit d'abus de confiance est également indépendant d'un dommage éprouvé par le propriétaire possesseur ou détenteur. Il peut exister en l'absence même de dommage ; c'est ce qui a été jugé à l'encontre de débiteurs de deniers d'autrui, tuteurs ou simples mandataires, qui avaient retenu ou fait servir à leur usage personnel l'argent du pupille ou du mandant bien que l'état de leur fortune leur eût permis de rembourser intégralement ceux-ci.

En sens contraire (30) et aussi jurisprudence (31).

« Il n'y a pas délit d'abus des besoins, des faiblesses
« et des passions d'un mineur prévu par l'article 406
« du Code pénal dans le fait d'un limonadier qui
« reçoit dans son établissement une réunion de jeunes
« gens mineurs auxquels il fournit, en les poussant
« lui-même à la dépense par divers moyens, des
« objets de consommation à crédit, mais qui, sans en
« exagérer le prix et qui en réglant leur compte à
« certaines époques se fait souscrire par eux, sous
« la menace d'arrêter leur crédit, des billets ou lettres
« de change sur lesquels il leur fait apposer leur
« signature à une date postérieure au jour de leur
« majorité ».

L'obligation des mineurs représentant le prix exact des consommations livrées, il n'y a pas de préjudice matériel. Cet arrêt exige donc implicitement un préjudice matériel dont la valeur peut être appréciée pécuniairement. Le préjudice n'a pas besoin d'être le fait de l'agent du délit; le préjudice exigé par la loi est, en effet, réalisé lorsque le mineur a dissipé la somme empruntée en folles prodigalités ou même s'il avait fait de cette somme des placements désavantageux.

Par contre le délit disparaîtrait si le mineur avait fait, de l'argent emprunté, un usage légitime et qui aurait tourné à son profit.

(30) CHAUVEAU, F.-HÉLIE, t. 5, n° 2279.

(31) S. 1857-2-206.

B) *Abus de confiance*
par détournement d'objets confiés à titre de louage,
de dépôt, de mandat de nantissement, de prêt à usage
ou pour travail salarié ou non

L'article 408 du Code pénal exige expressément cette condition par les mots « au préjudice des propriétaires possesseurs ou détenteurs ».

L'importance de cet élément n'a pas toujours apparu très nettement aux auteurs et cet oubli a beaucoup contribué à obscurcir la notion juridique du détournement et de l'élément intentionnel.

En ce qui concerne l'abus de confiance prévu par l'article 408, GARÇON exige six conditions, GOYET cinq, mais tous deux relèvent comme élément le préjudice causé au propriétaire possesseur ou détenteur de l'objet détourné ou dissipé.

Comme nous l'avons dit ci-dessus, l'élément préjudice expressément exigé par la loi a été mal défini; aussi certains arrêts ont nié l'existence du délit en reconnaissant l'absence de détournement ou d'intention, alors qu'en réalité c'était le préjudice qui manquait. La difficulté particulière réside ici dans la liaison intime de l'élément préjudice et de l'élément intention.

Le détournement frauduleux s'analyse dans une intervention dolosive de la possession précaire, c'est-à-dire dans la volonté déterminée du possesseur précaire de posséder *animo domini*, volonté qui doit être manifestée par des actes extérieurs.

C'est seulement à l'époque où l'intention frauduleuse s'est manifestée par des faits extérieurs et où le préjudice est devenu patent, qu'on peut affirmer l'existence du délit.

L'article 408 n'exige pas que l'agent ait profité personnellement des choses détournées ou dissipées; il suffit pour que le délit soit réalisé qu'un préjudice ait été causé au propriétaire possesseur ou détenteur; peu importe donc que le détournement ait été commis dans l'intérêt d'un tiers.

Bien mieux le délit sera réalisé même s'il n'a profité à personne.

« A des administrateurs de sociétés commerciales
« qui avaient détourné une partie du fond social
« alors que ces détournements ne leur avaient pro-
« curé aucun profit personnel et qui avaient uni-
« quement pour but de sauver la Société qu'ils diri-
« geaient, d'une ruine imminente » (32).

De cela il résulte que si la partie poursuivante doit établir le fait matériel du détournement elle ne saurait être tenue de préciser l'emploi fait par le prévenu des sommes qu'il s'est abusivement appropriées.

Revenons aux termes de l'article 408.

L'abus de confiance ne peut être commis qu'au préjudice de la personne, qui propriétaire, possesseur ou détenteur d'une chose la confie à un tiers, à charge d'en faire un emploi déterminé et de la représenter. Telle est, du moins, l'idée qui se dégage du texte de l'article 408.

(32) S. 59-2-168. Affaire de Panama, *Gaz. Trib.*, 10 février 1903.

Néanmoins certains auteurs, notamment M. GARGON, dans son Code pénal annoté, soutiennent que les expressions « propriétaire possesseur ou détenteur », sont très générales et indiquent que la loi a voulu protéger contre l'abus de confiance toute personne ayant un droit quelconque sur la chose.

Il suffit qu'il soit établi que la propriété de l'objet détourné reposait sur une tête autre que celle de l'auteur du détournement. La jurisprudence elle-même a suivi pendant un moment la même orientation. Dans un arrêt de 1880 (33), la Cour de Cassation a admis que le délit d'abus de confiance pouvait être accompli au détriment de personnes, en l'espèce d'inondés, qui n'auraient ni droit de propriété, ni possession des fonds de secours qui leur devaient être distribués.

Dans un autre arrêt de 1889, même solution (34).

Pour constituer le délit d'abus de confiance il suffit que le préjudice soit réalisé au détriment d'une personne ayant simplement un droit acquis sur les sommes ou objets qui sont détournés.

La jurisprudence actuelle a abandonné cette solution et l'interprétation nouvelle qu'elle donne maintenant de l'article 408 du Code pénal paraît plus exacte et plus juridique.

Evidemment la théorie nouvelle est plus restrictive, elle peut laisser impunis des faits fort peu moraux que l'autre théorie permettait d'atteindre. Mais le droit pénal comporte des règles rigoureuses d'interprétation dont on ne peut se départir sans tomber dans l'arbi-

(33) S. 1880-1-234. — 1889, B.C. n° 22, 19 janvier.

(34) 19 janvier 1889. B.C. n° 22.

traire. Or, c'est ce qui arrive fatalement lorsqu'on prétend que par les expressions « propriétaire possesseur ou détenteur » qui figurent dans l'article 408, le législateur a voulu protéger contre l'abus de confiance toute personne ayant un droit quelconque sur la chose détournée.

Ce qui est certain, c'est que jamais dans le langage juridique, ces mots, si largement qu'on puisse les entendre, n'ont embrassé les créanciers, le droit de créance s'étant toujours opposé au droit réel de propriété.

Cependant c'est cette confusion que contient la formule employée dans les arrêts de 1877 et de 1889 qui ont admis la possibilité d'abus de confiance au détriment de simples créanciers.

On ne force pas ainsi seulement le sens naturel et juridique des termes de la loi, on en dénature l'esprit et on étend hors de ses limites le domaine de l'abus de confiance.

« La répression de l'abus de confiance ne doit pas
« être considérée comme une garantie de la sincérité
« des conventions, si tel avait été le but du législateur
« il aurait compris, dans l'énumération des contrats
« dont la violation serait sanctionnée, les deux
« contrats de bonne foi par excellence, à savoir la
« vente et la société ».

La liste des contrats énumérés dans l'article 408, manifeste l'esprit de la loi qui est de maintenir les situations existantes et nullement de protéger les situations à acquérir. Il convient en dernier lieu de ne

pas perdre de vue que l'abus de confiance s'est détaché de la notion du vol dont il a longtemps constitué une variété. Une pareille origine est exclusive de son application quand le préjudice est causé à un simple droit de créance.

CHAPITRE II

LE PRÉJUDICE MORAL

SECTION I

Notions générales

La distinction du préjudice matériel et du préjudice moral correspond à la grande division des droits en droits patrimoniaux et droits expatrimoniaux.

L'idée de préjudice moral n'est pas très ancienne et les arrêts de l'ancien droit ont été assez longtemps à ne considérer comme susceptible de réparation que le préjudice matériel. Ce n'est que depuis une époque relativement récente que la question a commencé à se faire jour dans la solution des jugements. Mais cette évolution est achevée, et actuellement la majorité des décisions statuant sur une question de responsabilité parlent du préjudice moral. Comme au début de toute chose les matières, dans lesquelles les juges du siècle dernier pouvaient faire mention du dommage non économique, étaient limitées à quelques hypothèses ; par exemple, en matière de diffamation et de séduction ; au contraire, depuis la fin de ce même siècle la jurisprudence relative au préjudice moral a pris une extension considérable.

Le contingent des intérêts moraux sanctionnés par la jurisprudence s'accroît de jour en jour ; à l'intérêt d'affection se sont ajoutées toutes les atteintes à la considération et à l'honneur.

D'autre part on a admis peu à peu que le préjudice moral peut se rencontrer tout aussi bien chez une collectivité que chez un individu.

Il suffira de donner ici quelques exemples de jurisprudence pris parmi la masse considérable des arrêts accordant réparation à un préjudice moral, pour pouvoir affirmer le triomphe de l'idée d'une réparation basée sur un préjudice purement moral.

On peut remarquer tout d'abord que, bien souvent préjudice matériel et préjudice moral vont de pair. Souvent, un même fait entraîne à la fois une perte pécuniaire et un dommage moral ; c'est, par exemple, le cas de la blessure qui diminue la capacité de travail de la victime et lui fait en même temps endurer des souffrances.

Souvent aussi le préjudice qui frappe les droits extra patrimoniaux a pour contre-coup une perte pécuniaire ; telles les atteintes à l'honneur d'un commerçant résultant du fait de mettre en doute sa probité et qui sont susceptibles de ruiner son négoce.

Dans ces cas, en réparant le préjudice matériel on peut du même coup par une fixation large des dommages intérêts réparer le préjudice moral.

Un arrêt déjà ancien a décidé qu'en cas d'exercice illégal de la médecine, les médecins de la localité sont recevables à se porter collectivement partie civile et à réclamer des dommages-intérêts, à raison du préju-

dice matériel et moral que cette concurrence illégale a pu leur causer.

« On ne peut méconnaître qu'il y ait, dans la
« concurrence illicite faite aux hommes de l'art par
« des empiriques, la source d'un préjudice moral
« résultant de la déconsidération que ces pratiques et
« ces prétendues guérisons jettent sur le corps médi-
« cal, par les comparaisons injustes et blessantes qui
« en résultent » (1).

Il a été jugé également dans le même sens que ce n'est pas seulement le préjudice matériel, mais encore le préjudice moral causé à un candidat par des fraudes électorales qui peut servir de base à une condamnation à des dommages intérêts, et que dès lors le juge chargé d'apprécier souverainement l'existence ou la non existence d'un préjudice pour la partie civile est tenu de tenir compte dans sa décision de ce double élément d'appréciation matériel et moral (2).

Voyez encore *Dalloz hebdomadaire* 97.

Le journal qui se rend coupable envers une maison de commerce d'imputations et d'agissements inexacts et malveillants, de nature à porter préjudice aux intérêts de cette maison (spécialement qui annonce à tort que les ouvriers de ladite maison sont en grève), commet une faute et une imprudence engageant sa responsabilité, bien qu'il ait été de bonne foi, alors qu'il a omis de s'assurer de l'exactitude de son information et lui a donné une forme discourtoise. Il n'y a pas lieu de rechercher si l'auteur qui a commis le

(1) *D.* 63-5-30.

(2) *D.* 96-1-366.

préjudice en abusant de son droit était ou non de bonne foi (3).

La période électorale étant fertile en incidents de cette sorte, nous avons relevé un arrêt qui décide que le fait de publier dans une affiche, au cours de la période électorale, les noms des signataires d'une pétition tendant au maintien des religieuses enseignantes dans une commune de la circonscription, n'excède pas le droit de critique, cette pétition ayant un caractère public. Mais constitue un acte illicite, le fait de représenter dans une affiche électorale des adversaires politiques comme partisans de l'ancien régime.

Citons enfin dans un domaine tout différent un arrêt qui a décidé que :

« Lorsqu'une personne, sans avoir reçu aucune
« demande de renseignements a spontanément adressé
« à un père de famille, avec qui elle n'avait aucune
« relation de parenté, d'alliance, ou d'amitié, une lettre destinée à faire rompre un projet de mariage, le
« caractère confidentiel ne peut être attribué à cette
« lettre bien qu'elle ait été ainsi qualifiée par son
« auteur s'il a été impossible que celui-ci ne pensât
« pas qu'à raison de la gravité des assertions et insinuations y contenues, la lettre serait nécessairement communiquée par le destinataire à son futur
« gendre. Dès lors cette lettre peut être produite en
« justice à l'appui d'une action en dommages intérêts
« fondée sur le préjudice moral éprouvé » (4).

(3) *D.* 97-2-231.

(4) Article 85 : L'obligation de réparation s'étend à tout dommage matériel ou moral causé par l'acte illicite.

Telle est la conception adoptée par les rédacteurs du projet de Code franco-italien des obligations et des contrats. Ils déclarent, que le préjudice moral, c'est celui qui ne touche en aucune manière le patrimoine et cause seulement une douleur morale à la victime.

Il est bon de faire ici une petite place à quelques principes intéressant le préjudice moral dans ses rapports avec la responsabilité civile.

MAZEAUD, auteur qui fait foi en cette matière, distingue deux catégories de dommages : d'une part, ceux qui atteignent ce qu'on a appelé la partie sociale du patrimoine moral, honneur, réputation et considération; d'autre part ceux qui frappent un individu dans la partie affective du patrimoine moral, c'est-à-dire dans ses affections. Si l'on admet la réparation du préjudice moral, il va de soi que ce dommage, comme le préjudice matériel, devra d'abord être certain, or, la réalité du préjudice moral apparaît souvent beaucoup plus facilement que celle du dommage matériel.

Dans les temps les plus reculés, à l'époque de la faïda, cette question se posait déjà aux juristes avec la même acuité qu'aujourd'hui et même les atteintes à l'honneur, élément du patrimoine moral, étaient réprimées plus sévèrement que les dommages matériels.

Plus anciennement même le droit romain dans son dernier état admettait déjà assez largement la réparation du préjudice moral (5).

(5) JHERING, *De l'intérêt dans les contrats et de la prétendue nécessité de la valeur patrimoniale des prestations obligatoires*, 1880, chapitre III.

Il est à noter que le droit romain ne faisait aucune distinction entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle. Notre ancien droit recueillit la tradition romaine, mais il ne la recueillit que d'une manière incomplète en refusant catégoriquement la réparation du préjudice moral dans le domaine contractuel, et actuellement encore, cette opinion, qui était celle de DONAT et POTHIER, trouve des adeptes qui refusent absolument la possibilité d'une réparation du préjudice moral en matière contractuelle.

En matière délictuelle par contre l'esprit de notre législation paraît assez clair. S'il n'y a pas de texte spécial autorisant la réparation du préjudice moral, de nombreuses dispositions particulières font application de ce principe.

Malgré tout M. MAZEAUD est le premier à reconnaître que la seule analyse des textes laisse place à la discussion, car au lieu de voir dans les dispositions éparses, qui permettent la réparation de tel ou tel dommage extra-pécunaire déterminé, l'application d'un principe général, ne peut-on prétendre y trouver des exceptions apportées au principe inverse. Du seul point de vue des textes, il est donc difficile de conclure pour ou contre le préjudice extra-patrimonial.

Cette incertitude a donné lieu à différents systèmes qu'il est intéressant de connaître.

Notons tout d'abord qu'actuellement la presque unanimité des auteurs admet la réparation du dommage moral en matière délictuelle et la jurisprudence est également fixée dans ce sens.

La Cour de Cassation n'hésite pas à donner une action en dommages intérêts à la victime d'un préjudice moral et cela depuis un arrêt de principe du 15 juin 1833 (6).

A l'opposé il y a la théorie niant la possibilité d'une réparation du préjudice moral.

On est, disent les partisans de cette théorie, dans un domaine trop élevé pour qu'il puisse être question de chiffres; il serait même inconvenant et immoral d'en parler, de fixer à tant la douleur des parents, ou la déconsidération jetée sur une personne par une diffamation.

Avec de l'argent, disent-ils, on augmente le patrimoine pécuniaire de la victime. Or, celui-ci est intact, tandis que le patrimoine moral seul lésé ne pourra être remis dans son état primitif. De plus on va se heurter à une impossibilité matérielle. Comment les juges fixeraient-ils la somme à allouer à la victime; le dommage moral étant extra-pécuniaire, n'est pas susceptible d'évaluation. Les adversaires de la réparation confondant « réparer et effacer » donnent au mot réparer un sens beaucoup trop restreint.

On peut réparer même si l'on ne peut effacer; il ne s'agit pas en effet de remettre les choses en état, ce qui est impossible dans la majorité des cas, mais c'est donner à la victime la possibilité de se procurer des satisfactions équivalentes à ce qu'elle a perdu.

Quant à la deuxième objection, il est aussi facile de la réfuter que la première. Il n'y a à notre avis aucune impossibilité pour le juge à apprécier le préju-

(6) S. 1833-1-458; S. 1928-2-137.

dice moral; évidemment il sera assez malaisé pour le juge de rechercher l'équivalent susceptible de remplacer dans le patrimoine moral la valeur qui en a disparu, mais le préjudice matériel est souvent aussi difficile à évaluer que le préjudice moral, car le juge doit souvent tenir compte, non seulement de la valeur intrinsèque que représente le bien disparu, mais également la valeur qu'il représente pour la victime.

Entre les deux systèmes extrêmes que nous venons d'exposer, il existe quelques systèmes mixtes.

En premier lieu il y a des auteurs qui font des distinctions suivant les situations. Tantôt ils accordent une action à la victime, tantôt ils la lui refusent.

L'un de ces systèmes mixtes n'est d'ailleurs que l'exposé, sous une forme déguisée, de la théorie négative absolue.

C'est celui défendu par MEYNIAL et ESMIEN qui n'admettent la réparation du préjudice moral que dans les cas où ce préjudice a un contre-coup matériel. Avec ce système qui semble faire place au préjudice moral il n'y a en réalité que le dommage matériel seul qui ouvre droit à indemnité.

Pour AUBRY et RAU la réparation du dommage moral est distincte de tout préjudice pécuniaire lorsque le dommage moral a été causé par une infraction pénale.

Il existe enfin un troisième système mixte qui base sa distinction, non sur la nature de la faute, mais sur la nature du dommage, et qui divise des préjudices moraux en différents groupes pour admettre la réparation des uns et non des autres.

Il s'agit de la partie sociale du patrimoine moral et de la partie affective de ce même patrimoine.

SECTION II

Le préjudice moral dans le faux

Comme nous venons de le voir, ce n'est pas seulement dans leur fortune et dans leurs biens, mais encore dans leur honneur, dans leur réputation que les particuliers peuvent être lésés. Aussi il est juste qu'ils puissent se prévaloir d'une atteinte à leur patrimoine moral pour se plaindre efficacement des agissements d'un faussaire.

La jurisprudence et la doctrine ont depuis longtemps posé en principe que l'intérêt particulier se compose non seulement des moyens de fortune, mais encore de la réputation et de l'honneur et que toute lésion de l'une quelconque des manifestations de cet intérêt doit suffire pour baser une poursuite en faux, attendu dit un arrêt de la Cour de Cassation (7) :

« Qu'il y a dessein criminel dans tout faux qui a
« pour effet de nuire à autrui, alors même que le faux
« ne porterait pas atteinte à la fortune, mais pourrait
« nuire à la réputation ou à l'honneur de la personne
« au préjudice de laquelle il est commis ».

Dans le même sens voir CHAUVEAU Hélie (8),
GARRAUD (9) arrêt Cassation (10).

(7) D. 52-5-277, 18 nov. 1851.

(8) CHAUVEAU-HÉLIE, *Théorie du code pénal*, 6^e édition, tome 2, n° 672, tome 3, n° 152.

(9) GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*.

(10) D. 96-1-440, 2 avril 1896.

Si c'est un principe certain en doctrine que l'altération de la vérité est punissable lorsqu'elle est de nature à causer un préjudice moral à un individu, quelques auteurs, qui cependant admettent le préjudice possible à l'Etat, refusent d'admettre qu'une atteinte morale au corps de l'Etat suffit pour constituer le préjudice requis. L'article 162, disent-ils, fait une différence entre « la lésion envers les tiers » et le préjudice envers le trésor public.

Le mot lésion a un sens beaucoup plus large que le mot préjudice. L'article 162 disent-ils encore, parlent du « préjudice envers le trésor public » ce qui constitue le dommage purement pécuniaire.

Par application de cette idée que le préjudice moral suffit pour constituer le délit, la jurisprudence admet l'existence de l'auteur moral. Ainsi un arrêt de 1928 (11) a décidé que celui qui fait fabriquer un écrit faux se rend coupable d'une coopération au crime de faux à titre d'auteur, de même que celui qui personnellement a fabriqué l'écrit; c'est l'admission en matière de faux d'un auteur moral à côté de l'auteur matériel.

Cette notion d'auteur moral doit cependant être enfermée dans d'assez étroites limites; il convient de n'en pas faire d'abus.

(11) S. 1928-1-155.

SECTION III

Caractère et rôle du préjudice moral dans la diffamation

Un citoyen, disait PORTALIS, a trois espèces de réputation à conserver : La réputation de probité, la réputation de vertu, et la réputation de talent et de mérite. La diffamation est un délit qui porte atteinte à l'intégrité de l'une de ces réputations, or, le préjudice moral est sans conteste un élément constitutif de cette infraction. Pour constituer le délit de diffamation, il est nécessaire que le fait déterminé, dont l'allégation ou l'imputation est incriminée, soit un fait de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne à laquelle il est imputé.

Les faits prohibés par les lois pénales ne sont pas les seuls qui portent atteinte à l'honneur, on doit également considérer comme diffamatoires les imputations ou allégations de faits qui même échappant aux prévisions de la loi pénale constituent des manquements graves à la loi morale et seraient de nature à exposer leur auteur au mépris public.

Ainsi une atteinte à l'honneur peut fort bien résulter de l'imputation d'un fait non prohibé par les lois *non omne quod licet honestum est* si le fait touche en définitive à la probité de celui à qui ou l'impute.

On peut citer comme exemple les attaques dirigées, sinon contre les qualités de talent et de mérite qui donnent la réputation, au moins contre les qualités

morales, qui attirent vers celui qui les possède ou paraît les posséder, suivant sa position sociale ou sa profession, l'estime ou la considération du public.

« Les qualités que l'opinion exige d'une personne
« pour lui accorder la considération, varient évidem-
« ment, non seulement d'après les temps et les mœurs,
« mais aussi d'après la position qu'occupe cette per-
« sonne dans la société, le rôle qu'elle y joue, le rang
« qu'elle tient dans le monde » (12).

L'imputation d'un fait de poltronnerie, à raison duquel le prévenu a traité le plaignant de lâche, est de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération de celui-ci, et une telle imputation, faite avec intention de nuire constitue une diffamation (13).

Il y a également diffamation dans l'écrit qui reproche à un notaire d'avoir, par prudence et pour se mettre à couvert, cherché à faire passer un acte par un de ses confrères, et de s'être décidé à le recevoir au refus de son confrère, parce que le temps pressait et qu'il fallait que la partie au nom de laquelle cet acte était dressé, eût réglé toutes ses affaires avant de s'expatrier.

C'est plus sans doute par les sous-entendus que renfermait l'article incriminé que par ce qu'il exprimait, qu'un caractère diffamatoire pouvait y apparaître. Mais les imputations relevées par la poursuite laissaient assurément dans l'esprit du lecteur l'impression que l'acte auquel le notaire avait prêté son

(12) Georges BARBIER, *Code expliqué de la presse*.

(13) S. 1905-1-152.

concours était de ceux qui répugnaient à la conscience et à la délicatesse.

L'existence du préjudice moral que l'on rencontre dans les cas ci-dessus n'est pas toujours aussi facile à déceler et il y a de nombreux cas où faute de pouvoir prouver la réalité d'un préjudice moral il est impossible de retenir le délit de diffamation.

La publication de faits de la vie privée même quand il s'agit de la vie intime, échappe à toute répression pénale, quand elle n'est ni diffamatoire ni injurieuse. Mais il importe bien de remarquer, que le particulier, qui, par sa conduite, n'appelle pas sur lui l'attention, peut légitimement se plaindre du trouble apporté à sa vie privée par ceux qui se permettent de franchir le seuil de son foyer et qu'il est fondé à poursuivre contre eux, en vertu de l'article 1382 du Code civil, la réparation du préjudice pouvant résulter pour lui de toute publication dommageable.

Par exemple un négociant peut agir en dommages et intérêts contre le journal qui publie ses opérations commerciales, en indiquant son nom, le prix, la qualité et la quantité des marchandises qu'il a achetées (14). Au contraire la considération commerciale d'un négociant dépendant essentiellement de son exactitude à remplir ses engagements, toute imputation de faits précis, tendant à faire croire à son insolvabilité ou à diminuer son crédit, peut à bon droit, être considérée comme portant atteinte à sa considération. Ainsi, il a été jugé que c'est diffamer un com-

(14) Tribunal de commerce de la Seine: 30 octobre 1842. *Gazette des Tribunaux*, 21 novembre 1842.

merçant que de lui imputer d'avoir laissé protester des traites (15).

Notons enfin pour terminer que le fait de violer le secret professionnel n'implique pas forcément la révélation d'un fait diffamatoire.

(15) S. 88-1-399.

CHAPITRE III

LE PRÉJUDICE SOCIAL

SECTION I

Le préjudice social dans le faux

Nous avons vu que le préjudice auquel peut donner lieu le crime de faux est matériel au moral. D'autre part il peut affecter, soit un intérêt privé, soit un intérêt social. Spécialement la possibilité d'un préjudice résulte de faux commis dans des actes authentiques, à raison de l'atteinte qu'ils portent à la foi publique; l'altération de la vérité dans un acte notarié peut compromettre la confiance nécessaire à la sûreté des transactions, et, lorsqu'elle se produit par supposition de personnes dans des actes, qui ont pour effet de saisir les tribunaux d'un litige, elle blesse la dignité de la justice en même temps qu'elle est de nature à atteindre la foi qui s'attache à ses décisions et à entraver l'accomplissement normal et régulier de sa mission.

L'Etat est, en effet, la personification des intérêts sociaux placés sous la protection des principes: il y a des principes de tous les temps, ce sont ceux sur lesquels toute société est assise, et qui sont comme la vie des nations.

Le faux est sans nul doute punissable lorsque sans léser aucun intérêt individuel, il est de nature à nuire aux intérêts pécuniaires ou moraux de l'Etat; c'est-à-dire lorsqu'il atteint l'intérêt collectif du corps social.

Quand le préjudice subi par l'intérêt général est pécuniaire, il n'est pas douteux que l'élément nuisible du faux se rencontre; cela apparaît si clairement que cette opinion n'est pas contestée.

Mais certains auteurs n'ont pas voulu admettre plus largement l'idée de préjudice social et ont prétendu que l'atteinte portée aux intérêts sociaux ne constitue le crime de faux que lorsque le préjudice souffert par l'Etat est pécuniaire. Nous avons déjà amorcé cette discussion en parlant du préjudice moral se basant sur l'article 162 du Code pénal qui parle de lésion envers les tiers et de préjudice envers le trésor. Ces auteurs disent que cette antithèse voulue par le législateur marque bien que la loi n'entend tenir compte du préjudice moral en matière de faux, qu'à l'égard des particuliers.

En effet, disent-ils encore, l'article 162 parle du préjudice envers le trésor public, ce qui constitue le dommage purement pécuniaire, alors qu'il ne détermine pas le domaine dans lequel peut se produire la lésion aux simples particuliers. Ce texte a donc supprimé par sa précision toute difficulté d'interprétation et on a le droit d'en conclure que l'Etat ne peut jamais être lésé que pécuniairement.

Cette manière de voir qui peut s'accorder avec la lettre de l'article 162 ne s'accorde certainement pas

avec son esprit; c'est pourquoi la jurisprudence admet que le préjudice causé à l'Etat peut être aussi bien moral que pécuniaire.

Tout comme un particulier, l'Etat doit avoir le souci de l'intégrité, non seulement de sa fortune, mais encore de son patrimoine moral. L'intérêt personnel n'est jamais seul dans une société dont tous les individus sont étroitement liés par les besoins de l'existence et la nécessité d'une vie commune.

Nous estimons qu'il ne doit exister aucune différence relativement aux faux qui intéressent l'Etat et ceux qui blessent les particuliers, et il est inadmissible d'exiger pour les premiers des conditions que l'on ne poserait pas pour les seconds.

La jurisprudence s'est depuis longtemps prononcée pour notre solution (1). Un arrêt de 1843 a jugé coupable de faux criminel un officier de l'état civil qui avait constaté dans un acte de mariage que les publications avaient été faites alors qu'il savait parfaitement qu'elles ne l'avaient point été. Il y avait là évidemment une altération de la vérité, mais qui ne pouvait nuire aux conjoints, puisque personne n'aurait eu le droit de demander l'annulation du mariage pour ce motif, les publications ne faisant pas partie des formalités de célébration du mariage; il y avait cependant dans cette affaire un préjudice social très net; l'officier de l'état civil a offensé la foi publique en consignant par écrit un mensonge comportant des conséquences privées.

Codes chinois, italien, allemand.

(1) Cassation, 23 février 1843. S. 43-1-549.

Cette idée du double préjudice matériel et moral étant admise, nous allons les examiner successivement.

A) LE PRÉJUDICE SOCIAL MATÉRIEL

Les exemples les plus nombreux se rencontrent en matière fiscale; c'est ainsi qu'il a été jugé que l'altération d'écritures dans le but d'échapper au paiement de l'impôt ou d'en modifier la liquidation ou l'assiette constitue un faux préjudiciable.

Cependant des difficultés se sont rencontrées en matière d'enregistrement. Les lois spéciales ont considéré comme de simples délits fiscaux les fausses déclarations faites par le contribuable et qui servent de base à la perception du droit de mutation; par contre la postdate donnée à un acte authentique dans le but d'échapper à l'amende fiscale pour défaut d'enregistrement dans les délais légaux constitue un faux en écriture publique punissable. De même le notaire qui pour échapper au paiement de droits d'enregistrements postdate des actes authentiques reçus par lui commet le crime de faux en écriture authentique.

B) LE PRÉJUDICE SOCIAL MORAL

Nous avons vu plus haut qu'il n'existe aucune raison pour moins protéger la collectivité que l'individu lorsque le préjudice causé aux intérêts publics est d'ordre moral; en effet, toute altération de la vérité qui atteint la foi publique présente un danger trop grave pour n'être point réprimée.

La jurisprudence a d'ailleurs fait une application remarquable de cette doctrine. C'est ainsi qu'elle a décidé en 1850 (2) :

Que l'apposition frauduleuse de signatures contrefaites sur une pétition adressée à l'assemblée nationale constitue le crime de faux, malgré l'absence de dommage matériel; le dommage qui forme l'un des éléments du faux criminel pouvant consister dans un préjudice moral causé à un intérêt public, et ce préjudice moral étant suffisamment caractérisé par la double atteinte que cette apposition de fausses signatures apporte au droit de pétition et à la dignité de l'assemblée. Cet appel mensonger et dérisoire fait à l'intervention de l'Assemblée nationale blesse la dignité de l'un des grands pouvoirs de l'Etat, l'expose à confondre l'abus avec le droit.

ARRÊT

« La Cour, vu l'article 8 de la Constitution, vu également les articles combinés 147 et 150 du Code pénal;

« Attendu que le jury a déclaré le demandeur coupable d'avoir frauduleusement contrefait, dans une pétition par lui adressée à l'Assemblée nationale, la signature de plusieurs citoyens. Attendu que le préjudice auquel peut donner lieu le crime de faux est de deux sortes: préjudice matériel et préjudice moral;

« Qu'il est alternativement susceptible, sous l'un comme sous l'autre de ces deux rapports d'affecter,

(2) *D.* 1850-1-297.

« soit un intérêt privé, soit un intérêt d'ordre général
« et public ;

« Attendu que le droit de pétition créé par la Cons-
« titution de 1791, et successivement reconnu par les
« constitutions postérieures, a été consacré de même
« par celle qui nous régit ».

« Qu'apposer au bas d'un acte de cette nature
« adressé à l'Assemblée Législative des signatures
« fausses, c'est porter, sous le point de vue moral, à
« un intérêt d'ordre général et public une double
« atteinte ;

« Que d'une part l'usurpation par le faussaire
« d'une faculté toute personnelle qui puise sa force
« dans la spontanéité et dans la sincérité de son exer-
« cice, a pour effet de détourner cette faculté du but
« constitutionnel qui lui a été assigné ;

« Attendu d'autre part, que cet appel mensonger
« et dérisoire expose à confondre l'abus avec le
« droit ».

D'où il suit qu'en appliquant au demandeur les
peines édictées par les articles 147 et 150, l'arrêt
attaqué, loin d'avoir violé ces articles en a fait une
saine application... Rejette...

Bien mieux (3).

Est réputé auteur d'un faux par supposition de per-
sonne celui qui, sous le nom d'un condamné à l'em-
prisonnement, s'est fait écrouer sur le registre d'une
maison de détention pour y subir la peine prononcée
contre ce condamné. D'où est dérivée cette qualifica-
tion appliquée à un acte qui ne préjudiciait matériel-

(3) *D.P.* 1827-1-385, 10 février.

lement qu'à celui auquel il était imputable ? De ce qu'une réparation était acquise à l'Etat par suite de la condamnation, et de ce que le faux avait aggravé la lésion qui avait rendu cette réparation nécessaire en facilitant au condamné le moyen de se soustraire au rachat judiciaire de son crime.

Atteinte au principe de moralité et au principe de justice.

On sait qu'il existe, en France, un certain nombre de professions qui ne peuvent être exercées que par les personnes dont la capacité a été reconnue à la suite d'examens.

Les diplômes constatant cette capacité peuvent être l'objet d'une altération ou d'une fabrication frauduleuse. La Cour de Cassation, dans maint arrêt, a jugé qu'il y avait crime de faux dans ces deux hypothèses.

Une telle falsification en fabrication blesse les intérêts de la société en introduisant dans son sein comme capable d'exercer les fonctions de pharmacien un individu n'ayant pas rempli les conditions imposées par la loi, et qui ont été établies par elle comme une garantie de la santé des citoyens.

Découlant des mêmes idées il résulte que le faux commis dans un acte authentique par un fonctionnaire ou officier public est punissable sans qu'il soit nécessaire de prouver l'existence d'un préjudice matériel.

L'altération de la vérité comporte en soi le préjudice ou la possibilité d'un préjudice parce que toute falsification dans un acte authentique est une atteinte à

la foi publique et à la confiance nécessaire dans toutes les transactions sociales (4).

Cette solution de la jurisprudence ne s'applique pas seulement au faux commis par les fonctionnaires publics, elle s'applique également au faux en écriture publique commis par un simple particulier (faux commis par un conscrit dans les écritures relatives au recrutement (5)).

Le caractère préjudiciable du faux résulte suffisamment de la nature authentique de la pièce falsifiée (6-7).

Les agents de change ont la qualité d'officiers publics ou ministériels, et les registres que la loi leur fait une obligation de tenir, ont le caractère d'écritures publiques. Il s'en suit que l'altération de ces registres constitue le crime de faux en écritures publiques prévu et puni par l'article 145 du Code pénal. En effet, d'une part, les écritures publiques sont considérées comme destinées à faire preuve. Toute falsification ou altération d'un acte public entraîne toujours au moins un préjudice social, en portant atteinte à la foi due à ces actes (8).

Un faux par supposition de personne est punissable par cela seul qu'il est commis dans un acte authentique et qualifié d'acte obligatoire par la déclaration du jury (9-10).

(4) *D.* 66-5-226.

(5) 3 nov. 1826. *D.* 223.

(6) 19 juillet 1860, *D.* 1861-1-111.

(7) Cassation, 16 juin 1932. *S.* 34-1-155.

(8) 5 nov. 1903. *S.* 1905-1-297.

(9) *S.* 1867-1-90.

(10) *S.* 1866-5-226. 20 janvier 1905. *S.* (1905-1-279).

L'individu qui a vendu par devant notaire un immeuble de sa femme à l'insu de celle-ci et en se présentant accompagnée d'une inconnue qu'il faisait passer pour elle, est avec raison déclaré coupable de faux en écriture authentique; la responsabilité du notaire, qui par sa négligence s'est laissé tromper, n'exclut pas la responsabilité pénale des parties qui l'ont induit en erreur.

Dans cette affaire, célèbre par la persistance avec laquelle une famille a pu se faire remettre des sommes énormes sur l'ouverture d'une succession imaginaire, les accusés prétendaient que la supposition d'une personne fictive et les actes passés par elle ou contre elle ne pouvait constituer le crime de faux, car cette supposition ne causait préjudice à aucun être réel et que les actes passés ne pouvaient pas créer de titres en leur faveur. L'arrêt a repoussé cette défense. Parmi les actes passés, il en était qui avaient un caractère authentique. Or, les faux commis en montrant la possibilité de tromper la justice et ses auxiliaires avait pour effet de diminuer la foi publique dans la certitude des actes authentiques et créaient ainsi un préjudice social.

Le crime de faux dès lors existait car il est reconnu que le préjudice social, même moral, éprouvé par l'Etat suffit à constituer le préjudice, élément essentiel du crime.

(*Gazette des tribunaux*, 6 nov. 1903. M. Dumas)

SECTION II

Le préjudice social dans l'escroquerie

En matière d'escroquerie le préjudice causé par l'agent a pu être supporté par l'Etat; dans ce cas la jurisprudence retient le préjudice pour la qualification du délit. Dans un arrêt relativement récent la Cour de Cassation a admis notre solution (11).

Il s'agissait en l'espèce d'amateurs, qui, pour profiter indûment des avantages accordés aux inscrits maritimes pêcheurs de profession, avaient soumissionné sous le nom d'un de leurs employés réunissant ces conditions et obtenu l'adjudication d'un chalutier de l'Etat avec un rabais énorme sur l'offre d'un tiers non inscrit maritime.

Il n'est pas douteux que l'escroquerie eût été manifeste si les prévenus s'étaient présentés à l'adjudication en soumissionnant sous un faux nom et en prenant mensongèrement la fausse qualité d'inscrits maritimes. Mais ici les armateurs avaient fait soumissionner un de leurs employés qui réunissait les conditions pour bénéficier personnellement des avantages accordés par l'Etat aux inscrits maritimes. Néanmoins la Cour de Cassation a déclaré qu'il y avait préjudice causé à l'Etat.

Le soumissionnaire n'était qu'un prête nom et les armateurs, véritables adjudicataires, n'avaient fait intervenir leur employé que pour se procurer frauduleusement, au préjudice de l'Etat, une adjudication de

(11) S. 1923-1-45.

navire avec une réduction à laquelle ils n'avaient pas droit.

C'est en effet par faveur spéciale, et rigoureusement personnelle, que l'Etat consent un sacrifice pécuniaire au profit des inscrits maritimes pêcheurs de profession.

CHAPITRE IV

LE PRÉJUDICE ÉVENTUEL DANS LE FAUX

C'est encore un principe certain en doctrine et constant en jurisprudence que le faux est punissable alors même que le préjudice ne s'est point réalisé; en fait il suffit qu'il ait été possible au moment de la perpétration du crime.

GARÇON. « Ce qui le prouve de la façon la plus « péremptoire, c'est que la loi ne subordonne pas la « criminalité du faux à l'usage qui peut en être fait. « Le faux est punissable dans le cas même où il n'a « pas été employé, d'où la conséquence irréfragable « qu'il existe en l'absence de tout préjudice effectif, « pourvu qu'il ait pû être la cause du dommage ».

La jurisprudence offre de nombreux exemples de préjudice purement hypothétique ou éventuel; le préjudice possible remplit la condition voulue, quelle que soit la personne qui en soit ou qui en puisse être victime.

Il suffit que l'usage soit éventuellement préjudiciable sans qu'il y ait à se préoccuper des conséquences mêmes qu'il peut avoir.

Le dommage éventuel est celui qui ne résulte pas nécessairement de l'usage de la pièce fausse, parce

qu'il suppose pour se réaliser, des circonstances indépendantes de la volonté du faussaire.

Il résulte de ce principe que le faux est punissable alors même qu'il n'en aurait été fait aucun usage; la destruction volontaire de la pièce fausse ne met point obstacle à la poursuite du faussaire, son désistement, postérieur à la consommation du crime est sans effet juridique et le préjudice est possible aussi longtemps que le faux a existé. Il ne faut pas néanmoins que l'agent n'ait pas eu l'intention criminelle au moment même de la confection de l'écrit, que, par exemple, il n'ait agi que par simple plaisanterie.

Faisant application de cette idée, la Cour de Cassation à propos de l'affaire Bel Rassem Ould si Abd-el-Kader ben a décidé qu'il n'était pas nécessaire pour qu'il y avait crime de faux que le préjudice soit consommé ou inévitable, la simple éventualité du préjudice suffit. Dans un autre arrêt, elle a décidé que le fait d'avoir frauduleusement altéré des avertissements adressés par l'administration des Contributions Directes aux contribuables en substituant au chiffre porté sur chaque avertissement un chiffre supérieur à celui inscrit sur le rôle emporte nécessairement un préjudice éventuel pour lesdits contribuables.

« Les impositions votées régulièrement étant obligatoires pour le contribuable, il est certain que le rôle émané de l'administration forme titre contre lui et que si ce rôle était falsifié avec surélévation des chiffres il constituerait une pièce susceptible par sa nature de nuire à ceux dont les noms y sont portés. Dans cette affaire l'inculpé prétendait qu'il

« ne pouvait être poursuivi sous l'inculpation de faux
« attendu qu'il avait falsifié un extrait et non le rôle
« lui-même ».

Néanmoins la Cour considérant que l'avertissement contenant l'extrait se présentait à l'imposé avec tous les signes d'actes comportant obligation, a jugé qu'il n'était pas possible quant aux faux de distinguer entre le rôle et l'extrait.

Lorsque le résultat vers lequel tend l'altération de la vérité pouvait être atteint par des voies légales, l'existence du crime apparaît alors très douteuse. En ce qui concerne la solution à apporter à cette question, la jurisprudence a d'abord marqué une hésitation. Elle a décidé qu'on ne peut punir comme faussaire celui qui en vertu d'une fausse procuration a touché au nom et pour le compte de son prétendu commettant, des sommes égales ou inférieures à celles que ce dernier lui doit. Mais la jurisprudence n'a pas persisté dans ce sens; elle a décidé que l'emploi frauduleux d'une pièce fausse est d'autant plus coupable, lorsque la loi offre à celui qui en fait usage un moyen régulier d'exercer ses droits (1).

La Cour de Cassation a même été beaucoup plus loin, en décidant qu'un débiteur qui a payé sa dette, mais qui n'a pas retiré de quittance ou qui l'a perdue, se rend coupable de faux en fabriquant un nouveau reçu.

Tout récemment il semble que la question de l'éventualité ait rebondi. Un arrêt du 15 avril 1935 (2) a

(1) Cassation, 3 août 1809.

(2) *D.H.*, 1935-334.

décidé qu'il suffit, en réalité, que l'éventualité existe dans la pensée de l'agent. La condition du préjudice se confond avec l'existence du *dolus specialis*.

Cette affaire a mis en relief un inconvénient de la formule classique, mais vague, que subordonne l'incrimination du faux, à l'éventualité du préjudice. Formule qui ouvre la porte à des arguties.

Ainsi un individu fabrique un titre constatant frauduleusement l'engagement d'un tiers; si ce tiers est en état de minorité le préjudice résultant de l'usage de la pièce fausse ne se produira que si le prétendu débiteur n'oppose pas son incapacité et ne demande pas l'annulation de cet engagement. Le préjudice est donc éventuel, il dépend d'une circonstance étrangère à la volonté du faussaire. Mais la possibilité d'une condamnation ou d'un paiement est suffisante pour baser une accusation de faux.

Il se peut également que l'altération constitutive du faux soit aperçue à temps par celui qui devait être la victime du faussaire ou par un tiers. Le faux n'occasionne alors aucun tort, il est dévoilé et par conséquent inoffensif, il n'en est pas moins punissable.

La loi ne subordonne pas la criminalité du faux à l'usage qui peut en être fait; le faux est donc punissable par cela seul qu'il était de nature à porter préjudice.

Dans cette affaire il s'agissait d'un Algérien qui avait été renvoyé devant la Cour criminelle de Tizi-Ouzou pour avoir frauduleusement fabriqué soixantedix billets à ordre, paraissant souscrits à son profit par des commerçants, mais revêtus de fausses signa-

tures, et les avoir déposés, pour escompte, au Crédit Foncier d'Algérie.

Poursuivi pour faux et usage de faux, cet individu soutenait pour sa défense que le Crédit Foncier ayant eu connaissance de la fausseté des signatures ne pouvait poursuivre le recouvrement des billets contre les signataires apparents, et qu'ainsi l'éventualité des préjudice faisait défaut. Mais la Chambre criminelle dédaignant à bon droit cette défense, a considéré que le Crédit Foncier d'Algérie nanti de billets faux avait la possibilité d'en poursuivre le recouvrement contre les signataires apparents, lesquels étaient par suite exposés à l'éventualité d'un préjudice.

Les auteurs, naturellement, sont divisés; quelques-uns soutiennent que ce mensonge ne peut constituer un faux punissable puisqu'il ne peut nuire à personne (3).

D'autres auteurs font une distinction. Ils pensent que ce faux n'est pas punissable, si l'agent n'en a fait usage que vis-à-vis de son débiteur, mais qu'il en est autrement lorsqu'il s'en est servi envers des tiers, comme dans le cas, par exemple, où il a obtenu son paiement d'un tiers détenteur de deniers appartenant à son débiteur, en se servant pour cela d'une fausse procuration de ce dernier. (Faustin, Hélie).

Mais cette distinction n'a pas l'approbation de tous les auteurs, MM. CHAVEAU et HÉLIE ne distinguent pas. Le faux commis pour obtenir le remboursement d'une dette légitime, alors même qu'il en est fait usage

(3) FAUSTIN-HÉLIE, *Pratique criminelle*, n° 254.

envers des tiers, n'est point un faux caractérisé, attendu l'absence de l'une des conditions essentielles de ce crime; à savoir, le dessein et la possibilité de causer un préjudice.

Dans un troisième système, l'altération de la vérité, qui aurait pour but d'obtenir par fraude et par surprise ce qu'on hésite à réclamer par les voies régulières, est de nature à porter préjudice à autrui; elle peut rendre, en effet, l'exécution d'un droit plus facile, plus prompte et moins discutable, pouvant ainsi priver le débiteur de la possibilité d'obtenir un délai de grâce (4).

Tous les auteurs s'accordent pour reconnaître que le faux serait constitué si la pièce fabriquée a permis de recevoir le paiement d'une dette qui était due, mais qui n'aurait pas été soldée sans l'emploi de ce moyen frauduleux; il peut en être ainsi au cas de dette non exigible ou encore au cas de dette litigieuse.

Une question non moins intéressante se pose au cas où l'altération de la vérité porte sur des faits que l'acte n'avait pas pour but de constater; il semble alors que l'élément préjudice fasse défaut.

La jurisprudence a fait de nombreuses applications de cette idée dans des arrêts d'espèce dont M. GARRAUD a su dégager la théorie générale.

D'après lui on doit poser comme un principe absolu que toute altération de la vérité pour être punissable doit porter sur un fait que l'écrit falsifié avait pour but de constater. Ce que la loi protège contre une altération ou une falsification, ce n'est pas l'écriture,

(4) BLANCHE, n° 146.

signe sans valeur par lui-même, ce n'est pas même la forme d'un acte, c'est la *foi* due à l'écriture et à l'acte. De sorte qu'il existe dans toute législation pénale, non seulement une affinité étroite, mais une corrélation nécessaire entre le système des preuves et le système du faux (5).

Il nous faut conclure de ces principes qu'il n'y a pas de faux punissable lorsque l'écrit falsifié ou altéré ne peut être la source ou la preuve d'aucun droit.

Ainsi il a été jugé que l'officier de santé qui exagère dans un mémoire produit à l'administration en vue d'obtenir une récompense le nombre des vaccinations qu'il a faites ne commet pas un faux parce qu'on ne peut se créer un titre à soi-même (6).

Note. — Une ordonnance royale du 10 décembre 1823 accorde notamment un prix de quinze cents francs, quatre médailles d'or et cinq médailles d'argent aux médecins et officiers de santé qui auraient fait preuve du plus de zèle dans les vaccinations; cette distribution a lieu au moyen d'un concours. On consulte les statistiques de naissance avec les états des vaccinations produits par les vaccinations et certifiés par les maires.

Dans l'espèce, l'état fourni par le sieur Ernoul, et certifié de confiance sans doute par le maire, constatait dans une localité soixante-seize vaccinations d'enfants nouveau-nés, tandis que la relève des registres de l'Etat civil ne donnait que quinze naissances. Le mensonge était éclatant.

(5) GARRAUD, *Essai de généralisation*, III, n° 118.

(6) *D.P.* 47-1-571.

Jusqu'au visa du maire l'état des vaccinés n'ayant pas le caractère d'un acte public, la fraude ne pouvait constituer un faux en écriture publique; allant plus loin, la Cour a décidé que ce n'était pas davantage un faux en écriture privée, puisque l'état de vaccine ne devient un titre quelconque qu'après le certificat du maire.

Il a encore été jugé, en vertu du même principe, que la fabrication d'un acte constatant qu'un prêtre a donné la bénédiction nuptiale n'est plus un faux depuis que les registres de l'Etat civil ont cessé d'être confiés à des ecclésiastiques.

Si séduisante que nous apparaisse cette théorie, il faut avouer qu'elle ne répond pas entièrement au système du Code pénal qui réprime en principe l'altération de la vérité dans les écrits de toutes sortes, sans distinguer s'ils sont destinés à faire une preuve légale plus ou moins complète. Ce qui est vrai, c'est que dans certains écrits et pour certains modes de faux, le préjudice disparaît nécessairement lorsque l'altération de la vérité porte sur des faits que l'acte n'avait pas pour but de constater.

D'ailleurs les nombreuses décisions qui ont déclaré non punissables des faux portant sur des clauses qui ne faisaient pas titre, ont pris soin de marquer qu'aucun préjudice n'était possible. L'article 147 du Code pénal édicte une règle ayant une application particulière, mais qui peut et doit être étendue à tous les cas où l'altération de la vérité porte sur une clause ou sur un fait qui ne peut nuire à personne, l'éventualité du préjudice disparaissant.

On peut faire application de ces principes aux divers modes de perpétration du faux.

C'est ainsi qu'en ce qui concerne le faux en écriture publique commis par un officier public, le faux n'existe pas s'il ne peut nuire à rien ni à personne; il faut qu'il s'agisse bien entendu de clauses qui ne font point titre et que la loi n'exige pas, auquel cas l'intérêt public est désintéressé tout autant que l'intérêt privé. Egalemeut pour le faux commis par addition ou altération de clauses, de déclarations ou de faits dans les actes. Le texte de l'article 147 précise que l'acte doit avoir pour objet de recevoir et de constater ces clauses, déclarations ou faits; si cette condition n'était pas remplie le préjudice ferait défaut. d'où si l'altération de la vérité porte sur une circonstance que cet acte ne prouve pas, le faux ne peut être constitué parce qu'il ne peut léser aucun intérêt.

Notons pour terminer que tout ce qui vient d'être dit cesse d'être vrai si le faux a été commis par contrefaçon ou altération d'écriture ou de signature. C'est ce qui résulte avec clarté du texte de l'article 117, le faux matériel sera réalisé, il faudra rechercher s'il y a intention; c'est que le Code pénal n'a point admis la corrélation des théories du faux documentaire et de la preuve littérale.

CHAPITRE V

LE PRÉJUDICE DANS LES ACTES NULS OU ANNULABLES

SECTION I

Influence de la nullité de l'acte

Cette question de la nullité de l'acte se rencontre dans les délits qui nécessitent pour leur commission la rédaction d'un acte écrit.

Dans ce cas faut-il admettre qu'à défaut d'un acte écrit valable, le délit n'existe pas ? La solution à ce problème ne peut être générale ; aussi nous allons envisager dans les différents délits qui nous intéressent ceux pour lesquels la question présente un intérêt particulier.

Nous allons étudier le problème premièrement en ce qui concerne l'abus des faiblesses et passions d'un mineur.

La discussion entre les auteurs a donné lieu à diverses solutions dont nous n'envisagerons que les plus importantes.

D'après CHAUVEAU et HÉLIE si l'obligation contractée par le mineur puise sa nullité dans d'autres causes que l'incapacité du mineur, par exemple dans un vice de forme, et si par l'effet de ce vice, le

préjudice est impossible, il faut décider qu'il n'y a plus de fait punissable puisqu'il n'y a plus qu'une simple tentative non incriminée par la loi.

Pour BLANCHE, au contraire, il n'y a pas de distinction à faire entre les deux nullités; l'article 406 n'opère pas de distinction. Sa lettre punit quiconque a abusé des besoins, faiblesses et passions d'un mineur pour lui faire souscrire des obligations, quittances ou décharges, sous quelque forme que la négociation ait été faite ou déguisée. Quant à l'esprit de cet article, il est clair, affirme BLANCHE, que la loi a voulu prémunir le mineur non seulement contre la souscription, mais encore contre la réalisation de ses engagements. La loi n'atteindrait pas son but si elle ne punissait pas l'extorsion d'obligations, quittances ou décharges nulles pour autres causes que l'incapacité du mineur qui les a souscrites.

Il faut un engagement dommageable. Il est donc nécessaire que les obligations souscrites par le mineur ne puissent lui causer un préjudice. L'hypothèse ou plutôt la possibilité du préjudice existe dans l'engagement lui-même, dont la validité réelle est sans importance, puisqu'on peut toujours se croire tenu de faire honneur à sa signature. Il faut en conclure par conséquent que le délit existerait alors même que le prévenu n'aurait pas dissimulé la véritable date pour faire croire à un engagement pris en temps de majorité, bien que, dans ce cas, la nullité de l'engagement apparaisse par le contenu même du billet. D'où BLANCHE conclut que l'article 406 serait encore applicable si l'obligation était nulle pour une autre cause que

l'incapacité du mineur, par exemple pour un vice de forme.

D'autres auteurs distinguent entre les nullités qui tiennent à des erreurs grossières et les nullités basées sur des points de détail.

En principe, pour ces auteurs, la nullité ne fait pas disparaître le délit; mais, toutefois, si l'on se trouve dans le premier cas, c'est-à-dire en présence d'un écrit informe, sans existence apparente, comme une constitution d'hypothèque par acte sous seing privé, il n'y a pas de délit.

M. GARÇON est défenseur de l'opinion qui distingue entre les différentes nullités.

Un point certain, sur lequel tous les auteurs sont d'accord, c'est que la nullité qui trouve sa cause dans la minorité ne peut effacer le délit. C'est une vérité dont la solution apparaît dans l'énoncé, car si on la repoussait, le délit de l'article 406 n'existerait jamais.

A propos d'un autre délit connexe, l'abus de blanc-seing, la jurisprudence a toujours considéré que l'acte nul ou irrégulier pour défaut de « bon pour » ou « approuvé » peut néanmoins servir de commencement de preuve par écrit de l'obligation qui y est exprimée (1).

SECTION II

Le faux dans les actes nuls ou annulables

« Quod nullum est, nullum producit effectum. »

On a souvent soutenu que l'altération de la vérité dans les actes nuls ou annulables ne pouvait consti-

(1) S. 58-2-86.

tuer un faux punissable, attendu que ces actes ne pouvant produire aucun effet étaient incapables de léser aucun intérêt. Notons avant d'aborder le fond du problème que la jurisprudence n'a jamais admis la nullité de l'acte falsifié pour permettre au coupable d'échapper à la peine du crime.

Dans un arrêt, déjà ancien, la Cour Suprême par l'organe de sa Chambre criminelle a déclaré qu'il est de principe que la possibilité d'un préjudice peut résulter d'un acte annulable; il faut évidemment qu'un préjudice actuel ou possible puisse résulter de l'acte incriminé.

Ainsi jugé... Cour de Cassation (2).

Lorsqu'un individu appelé au service militaire a été exempté sur la production d'un certificat constatant un fait faux, cet individu et les signataires du certificat ne peuvent être relaxés des poursuites dirigées contre eux, sous prétexte que ce certificat renfermait des irrégularités qui auraient pu le faire rejeter par le Conseil de revision. Il y avait là évidemment préjudice, puisqu'il est constant que l'exemption obtenue à l'aide de ce certificat a donné lieu à l'appel au service militaire d'un jeune soldat de la même classe de recrutement.

(Voir à ce sujet notes 3-4.)

La jurisprudence qui est comme on vient de le remarquer, bien arrêtée sur le point que nous venons

(2) S. 35-1-869.

(3) S. 1835-1-920.

(4) 7 juillet 1799. B.C. n° 499.

d'examiner, paraît cependant hésitante lorsque la nullité de l'acte est basée sur l'absence de signatures.

Cependant un arrêt de principe a posé des distinctions concernant les actes sous-seing privé et les actes authentiques.

Dans les actes sous-seing privé les constatations se font par les seules parties, d'où il suit qu'à défaut de leur signature il ne reste qu'un écrit informe, sans caractère et sans portée.

Dans les actes reçus par notaire au contraire, c'est l'officier public qui constate les conventions arrêtées devant lui et qui imprime à l'écrit le caractère authentique en y apposant sa signature (5).

« Le notaire qui énonce faussement dans un acte
« reçu par lui la présence d'une partie qui n'y a pas
« comparu commet en cela un faux punissable, bien
« que l'acte n'étant pas revêtu de la signature de cette
« partie et ne contenant pas mention d'une déclara-
« tion par elle de ne savoir signer soit nul à son égard
« et ne lui soit pas opposable.

« D'ailleurs, conclut l'arrêt, si ce même notaire,
« après avoir frauduleusement énoncé, dans un acte
« fait par lui, de fausses conventions, s'arrêtait
« volontairement avant la consommation du crime et
« supprimait le faux en cours, il échappait à l'appli-
« cation de la loi pénale ».

Examinons maintenant d'un coup d'œil les différentes théories émises par les auteurs.

Pour **BLANCHE**, l'altération de la vérité ne peut être considérée comme un élément du faux si l'écrit

(5) *S.* 58-1-169, arrêt Duhamel.

ture n'a pas même l'apparence d'un acte, si elle ne peut tromper sur sa valeur juridique les moins clairvoyants. Au contraire, il y a faux préjudiciable si la nullité tient à l'omission de certaines formalités intrinsèques devant suivre sa rédaction.

MM. CHAUVEAU et HÉLIE dans la théorie du Code pénal font une distinction assez semblable à la précédente. S'agit-il d'un acte radicalement nul, le faux matériel n'est pas punissable. La nullité prend-elle sa source dans l'omission de formalités postérieures au fait incriminé, il n'y a pas non plus crime punissable si cette omission provient du fait de l'agent (6).

Au contraire il y a crime si la nullité résultant d'omissions ou de faits postérieurs résulte de circonstances étrangères à l'auteur du faux.

Quant à M. GARRAUD il se place sur le terrain des faits et du droit et il admet que la question de savoir si un acte, nul en la forme, peut servir de base à une accusation de faux est bien plus une question de fait qu'une question de droit.

Ce qui est nécessaire, mais suffisant, dit-il, pour que l'altération de la vérité soit punissable, c'est un préjudice éventuel pour la Société ou pour les tiers.

Il faut tenir compte du degré d'illusion possible sur le vice de l'acte.

C'est à la théorie du crime impossible que M. GARÇON rattache la question de savoir si le faux commis dans un acte nul ou imparfait est punissable (7). L'agent, dit-il, a fait tout ce qui dépendait de

(6) CHAUVEAU et HÉLIE, *Théorie code pénal*, p. 313.

(7) *Code pénal annoté: Faux*.

lui pour altérer la vérité et pour causer un préjudice. On soutient seulement que le crime échappe à la peine parce que l'acte étant nul, il était impossible que ce préjudice se produisît. Cependant M. GARÇON s'élève, avec raison, contre cette objection et il déclare « si la nullité est telle qu'aucun préjudice n'en puisse résulter, nous n'admettons pas que ce hasard, imprévu de l'agent puisse lui assurer l'impunité. Le crime n'a pas réussi sans doute, mais le faux n'a manqué son but que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur.

« Il n'en serait autrement que si les éléments mêmes de cette tentative faisaient défaut, si l'acte était resté précisément informe par la volonté propre de l'agent ».

Ce système de M. GARÇON, a l'avantage de fournir une réponse simple au cas où l'acte est resté imparfait parce qu'il n'a pas été signé. Cette absence de signature sera exclusive de toute criminalité si elle indique, ce qui arrivera le plus souvent, le désistement volontaire de l'agent.

Si au contraire l'absence de signature est due à une circonstance indépendante de sa volonté, le fait sera punissable comme tentative de faux.

TITRE II

L'ÉLÉMENT INTENTIONNEL

CHAPITRE PREMIER

L'INTENTION

LA CONNAISSANCE DU PRÉJUDICE

Dans la plupart des infractions, l'intention, élément nécessaire de la criminalité, consiste uniquement à savoir que l'acte que l'on va commettre est illégal et à vouloir cependant l'accomplir. Le prévenu a-t-il agi sciemment et volontairement, cela suffit pour engager sa responsabilité. Dès que cette constatation est faite, il y a faute intentionnelle quel que soit le but que l'agent s'est proposé, le mobile auquel il a obéi, en un mot son intention indirecte.

Mais, par exception, il est des délits d'une nature particulière: il ne suffit pas que l'agent les ait commis avec conscience et volonté, il faut encore qu'il ait été déterminé à les commettre par un certain mobile, il y a là un dol spécial, résultant du but poursuivi par le criminel.

SECTION I

L'escroquerie

L'escroquerie est évidemment un délit intentionnel conformément à la théorie générale, cette intention est juridiquement réalisée lorsque l'agent a commis les faits constitutifs du délit avec connaissance. Il faut donc que les manœuvres employées soient frauduleuses et que l'auteur du délit ait eu connaissance du préjudice qu'il causait ou pouvait causer.

Il faut donc que l'auteur de l'escroquerie sache que ses promesses ou ses paroles sont mensongères, il doit avoir connaissance de la fausseté de ses allégations.

Aussi faut-il décider que l'intention disparaîtrait si cet agent avait persuadé l'existence d'une entreprise qu'il croyait vraie, s'il pensait de bonne foi avoir le crédit ou le pouvoir dont il se targuait, si le succès, l'accident ou l'évènement dont il a fait naître la crainte ou l'espérance, devait, dans sa propre conviction, se réaliser. Encore faut-il que cette conviction intime de l'auteur du délit ait une base solide, aussi lorsque la promesse est manifestement irréalisable, on ne devra pas facilement admettre que celui qui l'a faite ait pu croire de bonne foi qu'il la réaliserait : il devait prévoir son incapacité, par conséquent penser au préjudice possible (1).

L'exemple le plus typique et le plus courant nous est fourni journellement par ces entreprises commerciales, éphémères qui échouent sitôt leur naissance.

Il ne suffit pas de démontrer que cette entreprise

(1) 28 juin 1896. *B.C.* 170, cf.

était vouée à un échec certain, il faudrait établir que celui qui a cherché à persuader de son existence, savait qu'elle ne pouvait réussir. Les juges doivent se garder de décider qu'une entreprise était chimérique parce qu'elle a échoué et causé des ruines.

Il ne suffirait pas de dire que les agents qui ont causé préjudice aux bailleurs de fonds devaient savoir que l'entreprise ne pouvait réussir, il faut pouvoir affirmer qu'ils l'ont su (2). Il s'agissait dans cette affaire d'un cas assez banal et fréquent : Le prévenu avait emprunté des sommes pour faire des expériences dans le but de fabriquer de l'or.

L'escroc, pour être punissable, doit agir avec la connaissance et la volonté de causer préjudice à celui qui fait la remise.

Il est évident que celui qui, par plaisanterie, emploie des manœuvres frauduleuses pour se faire remettre des valeurs par une personne, mais qui a toujours eu l'intention de les lui rendre, ne commet aucun délit.

Ce mystificateur n'a jamais eu la pensée de dépouiller sa victime, le délit ne naît pas.

SECTION II

L'incendie volontaire

L'incendie volontaire est un délit évidemment intentionnel : son nom est suffisamment explicite pour qu'il ne soit point besoin de faire de commentaires.

(2) 26 août 1824. *B.C.* 105, cf.

Le feu a dû être mis volontairement; l'acte matériel étant réalisé volontairement, l'auteur est responsable de toutes les conséquences, car il a dû les prévoir. L'intention dont il est question ici est l'intention générale et non pas une intention particulière, peu importe le mobile qui a motivé l'acte; ainsi jugé par la Cour de Cassation (3). Le fait d'avoir mis volontairement le feu à la cabane habitée par deux individus vivant en concubinage dans le but de les forcer, en détruisant leur refuge, à quitter la commune, constitue le crime d'incendie d'édifice habité. Ici, l'intention de l'agent a été bonne, aussi certains auteurs, notamment M. LESELLYER, dans son *Traité de la criminalité et de la pénalité*, soutiennent que malgré le préjudice causé, la criminalité du fait disparaît par cela seul que la volonté de l'agent tendait au bien. Nous croyons néanmoins qu'il est préférable d'adopter la solution de la jurisprudence qui est plus conforme au droit.

M. GARÇON, dans son *Code pénal annoté*, résoud la théorie de l'intention à propos de l'incendie volontaire en faisant application des principes généraux de la théorie juridique de l'intention et du dol éventuel. L'intention est légalement réalisée lorsque l'agent a mis le feu sciemment et avec connaissance, voulant allumer un incendie dans les conditions où ce crime est puni par la loi. L'intention est juridiquement réalisée quand l'agent a commis l'incendie avec connaissance, lorsqu'il a mis le feu non par imprudence,

(3) S. 1872-1-147.

mais par un acte conscient et volontaire; il ne faut donc pas confondre l'intention avec le mobile (4).

Ainsi celui qui mettrait le feu à une maison habitée, appartenant à lui-même ou à un autre, au moment où il sait que personne ne s'y trouve, dans le but de détruire un foyer de maladie épidémique, soutiendra en vain que loin d'agir par méchanceté, il a eu l'intention de sauver des existences humaines menacées par la contagion. Ce sont, tout au plus, des circonstances atténuantes.

Le deuxième principe développé par M. GARÇON est que la loi a fait application au crime d'incendie de la théorie du dol éventuel qui consiste à rendre l'auteur d'un fait délictueux responsable de toutes ses conséquences, même de celles qu'il n'aurait pas prévues.

Il semble que M. GARÇON anticipe et fait dire à la loi ce qu'elle n'a jamais dit; en effet, le principe général du dol éventuel n'a jamais été admis comme un principe légal.

Pour que cette théorie du dol éventuel puisse s'appliquer, il faut que l'agent ait voulu allumer un incendie criminel, qu'il ait sciemment et intentionnellement commis un des crimes prévus par les paragraphes de l'article 434.

Mais il n'en est plus de même lorsque l'agent a fait ou cru faire un acte autorisé par la loi. De même qu'on ne lui reproche cet acte en lui-même, on ne peut lui reprocher les suites et les conséquences.

(4) S. 1872-I-147.

La majorité des auteurs pense que chacun des crimes prévus par l'article 434 exige l'intention spéciale de le commettre, qu'il ne suffit pas que l'agent ait mis le feu volontairement et à dessein pour être nécessairement responsable de toutes ses suites, et qu'il ne doit l'être que s'il a commis sciemment le crime spécial qui lui est reproché.

SECTION III

Abus de confiance

La difficulté que nous avons déjà rencontrée dans la définition du préjudice matériel au sujet de l'abus de confiance se retrouve lorsqu'il s'agit de déterminer l'élément intentionnel de ce délit. En effet, si rien n'est plus sûr que la nécessité de l'élément intentionnel, rien n'est plus difficile que de déterminer avec précision en quoi il consiste. Les tribunaux affirment ou nient cette intention sans qu'il soit possible d'apercevoir les raisons juridiques de leurs décisions, et la Cour de Cassation se borne à déclarer qu'ils ont sur ce point un pouvoir souverain dont ils semblent faire un usage arbitraire. Cependant il est certain que l'intention est soumise à des principes de droit et que c'est, par exemple, une erreur de la confondre avec les mobiles.

« Pour préciser cette notion, il suffit d'appliquer les principes généraux dont les solutions qui en découlent se sont imposées d'elles-mêmes à la pratique. L'intention est réalisée lorsque l'auteur du fait agit avec

connaissance, sachant faire ce que la loi défend dans les conditions défendues. » (5).

Cette théorie de M. GARÇON conduit à décider que pour l'abus de confiance, l'intention existe lorsque le possesseur, accomplissant un acte de propriétaire, intervertit sa possession, sachant qu'il n'a qu'une possession précaire et qu'il prévoit que cet acte causera ou sera susceptible de causer un préjudice à autrui.

Il résulte de cette conception que l'intention fait défaut si l'auteur de l'intervention ne croyait pas posséder à titre précaire, s'il a cru de bonne foi avoir le droit de disposer de la chose. En second lieu, l'intention est réalisée lorsque l'auteur de l'acte incriminé a prévu ou pu prévoir que son acte d'appropriation causera ou pourra causer un préjudice. Au fond, c'est là toute la difficulté de la connaissance par l'auteur du préjudice. Quand cette connaissance, c'est-à-dire l'intention caractérisée, va-t-elle exister ?

Il est de toute évidence qu'elle existe si le possesseur a eu la volonté de causer le préjudice. Mais la difficulté est de savoir si elle disparaît lorsque l'auteur du détournement n'a pas eu cette volonté. Autrement dit, le détournement cesse-t-il d'être frauduleux lorsque l'agent, au moment où il a commis l'acte délictueux, a cru qu'il pourrait restituer la chose, objet du détournement ?

Beaucoup d'auteurs (6) et même certains arrêts de jurisprudence ont admis qu'il n'y avait pas alors abus de confiance en disant : le préjudice est un élé-

(5) GARÇON, *Code pénal annoté : abus de confiance*.

(6) Ch. H. 31.

ment nécessaire du délit, si le prévenu n'a pas voulu causer ce préjudice, il n'a pas commis l'acte interdit dans les conditions prescrites par la loi.

Cette solution n'est pas juridique.

Autre chose est de savoir si le préjudice a été voulu ou pas, il existe en fait. Or, nous estimons qu'un détournement est frauduleux dès l'instant où l'agent dispose avec connaissance d'une chose qu'il sait posséder à titre précaire, s'il a pu prévoir qu'un préjudice pouvait en résulter.

Il n'est pas nécessaire qu'il ait voulu le causer ; la connaissance d'un préjudice possible suffit ; si le préjudice apparaît comme possible, l'abus de confiance est consommé. Sans doute, si aucun dommage n'est réalisé ni possible, le délit n'est pas constitué, mais la raison en est l'absence de dommage possible et non l'absence d'intention.

M. GARÇON, dans son *Code pénal*, fait appel, pour étayer cette solution, à la théorie du dol et de l'intention éventuels, il dit que l'auteur d'un fait illicite volontaire est responsable des conséquences que ce fait peut normalement entraîner.

L'auteur d'un détournement qui aurait provoqué des suites dommageables prétendrait en vain qu'il ne les a pas voulues, qu'il avait l'intention de rendre, de réparer ; cette éventualité n'était pas sûre et le dommage était possible. Il ne peut se défendre en disant qu'il n'a pas prévu ce résultat ; il devait les prévoir. Nous avons vu ci-dessus que certains arrêts de jurisprudence admettent que dans ce cas, il n'y avait pas abus de confiance ; cependant il ne faut pas conclure

que ce soit là la solution jurisprudentielle, car une étude approfondie de la jurisprudence nous montre que la grande majorité des arrêts admet notre solution.

SECTION IV

Le vol

L'intention délictuelle est le second élément du vol. La soustraction de la chose d'autrui ne constitue un délit que si elle est commise frauduleusement. En principe général, et toujours d'après M. GARÇON, l'intention est juridiquement réalisée lorsque l'agent commet avec connaissance le fait dépendu par la loi.

En matière de vol, l'intention consiste à s'emparer de la chose d'autrui *animo domini*, il faut donc la connaissance par l'auteur du délit que la chose ne lui appartenait pas. De plus, dit M. GARÇON, il faut un *dolus specialis*, c'est-à-dire la volonté par l'agent de s'approprier la chose. Ce *dolus specialis* est exigé par l'article 379 qui parle de soustraction frauduleuse.

La connaissance du préjudice ne soulève donc aucune difficulté; en effet, il est certain que l'intention disparaît si l'auteur de l'enlèvement matériel ignore soustraire la chose, objet du délit.

Jugé ainsi par la Cour d'Appel d'Agen, le 17 octobre 1902, qui a relaxé pour défaut d'intention un garçon de café prévenu d'avoir retenu une pièce de cinq francs à lui remise par un client pour le payer d'une consommation de cinquante centimes, alors qu'il était possible que ce garçon, dans la presse des

consommateurs, eut commis une simple erreur et n'eut pas cru avoir reçu cette pièce.

Il faut, de plus, que l'auteur de la soustraction ait su qu'il usurpait la possession. Il n'agit pas intentionnellement s'il a cru, de bonne foi, que le légitime propriétaire l'autorisait à prendre la chose; en effet, la personne qui se croit autorisée à enlever un objet pense faire un acte licite; elle ne commet donc aucun délit.

« Le prévenu de *maraudage* qui produit une autorisation écrite du propriétaire peut être relaxé comme n'ayant point agi avec l'intention frauduleuse qui constitue l'élément essentiel de la contravention de *maraudage*. » S. 80-1-434.

Enfin tout le monde convient que l'intention manque lorsque l'agent a pris une chose, croyant qu'elle lui appartenait. L'individu qui, de bonne foi, s' imagine être propriétaire d'un objet, ne commet aucun vol en le prenant et en en disposant (7).

Ainsi celui qui tranche à son profit une question de propriété litigieuse entre lui et un tiers, en s'emparant de la chose qui fait l'objet de ce litige, ne peut être poursuivi pour vol, pourvu qu'il ait agi de bonne foi en se croyant propriétaire légitime, ce qui revient à dire que le caractère litigieux de la chose enlevée est une présomption favorable à l'inculpé.

Il faut, d'autre part, que le propriétaire de la chose soit un autre que le voleur, aussi le véritable propriétaire qui soustrait sa propre chose croyant qu'elle

(7) BLANCHE, t. 5, n° 474.

appartient à autrui, ne commet aucun vol; il y a là une sorte de délit impossible.

Cependant M. GARÇON affirme, au contraire, que s'il n'est pas propriétaire, on doit présumer qu'il le savait et, par conséquent, il est de mauvaise foi. Ainsi le mari qui, sous le régime de communauté, profitant d'une similitude de nom, prend, dans un bureau de poste, une lettre adressée par sa femme à un tiers et touche, sur la poste, le mandat contenu dans cette lettre, ne commet pas un vol (8).

Celui qui croirait s'emparer d'une *res nullius* ne commettrait pas non plus un vol intentionnel (9).

L'intention frauduleuse constitutive du vol peut exister en dehors du désir de réaliser un bénéfice pécuniaire (vengeance, méchanceté), même si l'agent n'a tiré aucun profit du vol.

Pour M. GARÇON, le voleur doit avoir commis cette usurpation avec la volonté de jouir et de disposer de la chose usurpée comme propriétaire.

L'intention manquera donc toutes les fois que l'auteur de l'enlèvement n'aura pas cet « animus » particulier. Une personne ne commet pas un vol en saisissant un objet, en le déplaçant même momentanément, fut-ce sans l'autorisation du propriétaire, s'il n'a aucune volonté de se l'approprier; c'est précisément pour cette raison que, juridiquement, on ne punit pas celui qui a enlevé la chose d'autrui par pure plaisanterie.

Un tribunal belge a ainsi refusé d'appliquer les

(8) *Gaz. Pal.* 85-1-928.

(9) *Gaz. Pal.* 98-2-397.

peines du vol à des étudiants qui avaient arraché des sonnettes et des plaques d'enseigne dans la seule intention de jouer un mauvais tour aux propriétaires (10).

M. GARÇON admet de même qu'il n'y a pas vol lorsque l'auteur de l'enlèvement a seulement voulu acquérir la possession précaire; ainsi, dit-il, il n'y a pas vol dans le fait d'un créancier qui s'empare de la chose de son débiteur pour se constituer un gage; il n'usurpe pas la possession *animo domini*, il ne s'approprie pas la chose pour en disposer comme propriétaire. La Cour de Cassation, au contraire, admet l'existence du vol (11).

SECTION V

Le faux

La connaissance du préjudice ou encore l'intention en matière de faux a donné lieu à des difficultés sans nombre dont la plupart ne sont pas encore résolues. Pour M. GARÇON (12), l'intention, dans son sens légal et juridique, est la connaissance chez l'agent, qu'il commet le crime de faux dans les conditions que la loi exige pour que ce crime soit constitué. D'après certains auteurs, au contraire, l'intention consiste dans le dessein de nuire à autrui. Cette solution, qui est la plus courante en doctrine et en jurisprudence, est inexacte; il y a là une erreur, en effet; du moment

(10) Louvain, P. 87-5-3.

(11) S. 51-1-795.

(12) Code pénal, article 145, page 326 (390).

que l'agent sait qu'il agit en désaccord avec les principes posés par la loi, il est répréhensible sans qu'il soit besoin d'exiger chez lui la volonté de nuire à une personne déterminée.

Par conséquent, en matière de faux, toute question d'intention revient à une question de connaissance; il faut seulement qu'elle s'étende à tous les éléments du crime. Dans la majorité des crimes, le préjudice étant inséparable du fait matériel, l'intention est établie dès que l'agent a accompli ce fait en connaissance de cause. Dans le faux, au contraire, la connaissance de l'altération de la vérité ne suffit pas, il faut encore la preuve que l'agent ait eu connaissance du préjudice qu'il pouvait causer.

Très souvent en matière de faux, la connaissance sera inséparable du fait matériel, notamment en ce qui concerne la condition relative aux modes d'exécution du faux. Celui qui altère la vérité dans un écrit ne pourrait se défendre en soutenant qu'il ignorait que le procédé d'exécution qu'il a employé était défendu par la loi.

Au contraire, l'altération matérielle de la vérité dans un écrit, se comprend facilement sans connaissance, dans ce cas, l'agent qui a ignoré l'altération de la vérité, parce qu'il n'a pas eu d'intention criminelle, n'est pas coupable.

Pour M. GARÇON, il faut que l'agent ait su qu'il pouvait, en altérant la vérité, causer le préjudice tel que nous l'avons déterminé. Il faut et il suffit, pour constituer l'intention légale et juridique, que l'auteur matériel de l'altération de la vérité ait eu connais-

sance que le mensonge écrit était de nature à causer un préjudice moral ou matériel, immédiatement réalisable ou simplement éventuel, aux intérêts des particuliers ou aux intérêts de l'Etat. Il n'est pas nécessaire qu'il ait eu pour but, plus ou moins direct, de nuire à autrui, il suffit qu'il ait eu connaissance que ce résultat pouvait se produire (13).

Il faut même admettre que le faux est constitué si l'agent a pu et dû savoir que l'écrit était de nature à causer un préjudice quelconque. Si toutefois il a cru que cette pièce altérée resterait secrète, qu'il n'en serait fait aucun usage, il n'a pas voulu commettre le crime dans les conditions exigées par la loi, il n'est pas coupable, car l'intention juridique disparaît.

Il faut immédiatement mettre le lecteur en garde contre une confusion qui pourrait naître dans son esprit.

Il ne faut pas tirer de cette idée que le faux n'est jamais punissable lorsqu'il n'en a été fait aucun usage. Pour que le crime n'existe pas, il faut qu'au moment même où l'agent a altéré la vérité, il ait su qu'on n'en ferait aucun usage; mais, au contraire, s'il a fait le faux en vue de cet usage, le crime est punissable, bien qu'en fait cet usage ne se soit pas réalisé.

Pour M. GARRAUD, l'intention spécifique que la loi incrimine dans le faux documentaire, par exemple, c'est simplement la volonté de faire valoir, comme preuve, un document que l'on sait mensonger.

Ce qu'il y a de certain, c'est qu'il ne doit y avoir aucune confusion entre la connaissance et les mobiles.

(13) GARÇON, *Traité de droit pénal*, p. 327, n° 396.

L'article 146 du Code pénal exige que le faux soit commis « frauduleusement » : il est donc certain que la nécessité d'une intention frauduleuse soit exigée pour le crime de faux.

Les Codes étrangers pourraient offrir, sur ce point, d'utiles indications à notre législation.

Le Code belge de 1867 incrimine, dans son article 193, le faux commis en écriture ou dans des dépêches télégraphiques, « avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire ».

Et le Code allemand de 1870 punit le faux commis « dans le but de s'attribuer ou de procurer à autrui un gain illicite, ou de causer un préjudice à autrui.

C'est la volonté de léser et non le caractère de la lésion qu'il faut considérer en matière d'intention. L'intention de nuire peut exister non seulement quand le faux menace la propriété, l'honneur ou la réputation des particuliers, mais encore quand il s'attaque à des intérêts publics. Il y a donc dessein criminel répréhensible dans tout faux qui a pour objet de nuire à autrui.

Une autre difficulté se rencontre au sujet de la personnalité des agents qui ont commis un faux. Y a-t-il, à l'égard de l'intention frauduleuse, une distinction à faire entre les fonctionnaires publics et les particuliers ? A première vue, il n'est pas douteux que les exigences de la loi soient, à l'égard du crime de faux, les mêmes pour le fonctionnaire que pour les particuliers, d'où en thèse générale, le fonctionnaire qui altère, dans un acte, des circonstances accidentelles et même, dans certains cas, des faits subs-

tantiels à l'acte, ne commet point un faux punissable, s'il n'est animé d'aucune intention criminelle. Il est, en effet, hors de doute que le faux n'est pas intentionnel si l'auteur matériel de l'écriture n'a pas altéré la vérité avec connaissance.

Ainsi, il a été jugé :

Qu'il n'y a faux caractérisé de la part du notaire qui introduit, dans un acte qu'il reçoit, des conventions autres que celles qui avaient été dictées, qu'autant que l'accusé est déclaré avoir agi frauduleusement (14).

De même...

Le notaire qui, dans un procès fondé sur l'omission, dans un acte par lui reçu, de la mention constatant la lecture de cet acte aux parties, produit la minute de l'acte où cette mention a été insérée après coup par l'un de ses clercs, ne commet pas le crime d'usage d'une pièce fausse, s'il ignorait réellement alors cette falsification (15).

La question devient plus délicate si l'altération que le fonctionnaire a commise, sans intention frauduleuse, par exemple par suite d'une faute, a pu porter préjudice à autrui. Pourtant, une solution unanime a été apportée à cette hypothèse.

Le faux, en effet, appartient à la catégorie des infractions qui exigent une intention déterminée, et cette intention déterminée indispensable, c'est la fraude; or, l'article 146 nous le dit sans ambiguïté: sans fraude, pas de faux.

(14) S. 43-1-929, cf.

(15) S. 52-1-679.

Admettant son principe jusqu'au bout, la doctrine décide que des altérations de la vérité, même faites sciemment, cessent d'être punissables pour défaut d'intention frauduleuse, s'il paraît que l'officier public n'a pas agi méchamment, dans le but de nuire.

Admettre le système, à savoir qu'une constatation mesongère faite par un fonctionnaire dans un acte est, par elle-même, suffisante pour le rendre coupable de faux, même en l'absence de toute intention criminelle, « ce serait inscrire dans la loi une exception au détriment des fonctionnaires publics, et créer en sorte un faux professionnel dont les conditions seraient différentes de celles du faux en écriture.

Sur cette question, la jurisprudence a sans cesse varié; la Cour de Cassation elle-même a rendu, à ce sujet, une foule d'arrêts difficilement conciliables; « tantôt elle constate la nécessité de l'intention frauduleuse, tantôt ses décisions sont muettes sur ce point, tantôt elle semble admettre que cette condition n'est nullement essentielle et qu'il y a faux par cela seul qu'une altération de la vérité a été commise, dans un acte authentique, par le fonctionnaire ou l'officier public qui l'a rédigé.

Avant la promulgation du Code pénal, la plus grande indécision se dégage de la jurisprudence. Après la promulgation du Code pénal, la question doit être envisagée séparément pour les huissiers et les notaires. Actuellement, et cela depuis le décret du 14 juin 1813, la question se trouve tranchée pour les huissiers. Ce décret déclare expressément que l'article 146 du Code pénal resterait applicable si l'huissier

avait agi frauduleusement ; par conséquent, s'il résulte de l'instruction qu'il a agi frauduleusement, il sera poursuivi pour crime et puni d'après l'article 146 du Code pénal. D'où il résulte que dans tous les autres cas où l'intention criminelle fait défaut, il ne peut y avoir un faux punissable (16).

En ce qui concerne les notaires, la question n'a pas reçu une solution aussi nette que pour les huis-siers ; néanmoins, il est clair que la Cour de Cassation décide que s'il résulte des constatations mêmes de l'arrêt d'accusation que l'auteur matériel du faux a eu la connaissance de la possibilité d'un préjudice, l'intention existe légalement et l'infraction se trouve constituée. Ainsi le notaire qui postdate des actes authentiques reçus par lui, et fait usage de ces actes ainsi altérés dans le but d'échapper au paiement des droits d'enregistrement, commet le crime de faux, et l'arrêt de la Chambre d'Accusation qui, après avoir constaté un tel fait, prononce en faveur du notaire un non-lieu à suivre, en se fondant sur l'absence d'intentions de nuire, viole la loi (17).

L'atteinte portée à l'intérêt public en détruisant la foi due aux actes authentiques suffit pour constituer l'infraction.

La jurisprudence n'est pas moins heurtée et obscure lorsqu'il s'agit de déterminer l'élément intentionnel dans les faux commis par les particuliers.

(16) *S.* 53-1-230 ; *D.* 56-1-383.

(17) *S.* 33-1-40 ; *S.* 48-1-639 ; *S.* 61-1-294 ; en sens contraire *S.* 35-2-345.

Cependant, ici, un point est net : lorsque l'auteur de l'écrit ignorait qu'il altérerait la vérité, le faux n'est certainement pas punissable, parce qu'il n'y a pas intention frauduleuse.

Mais les difficultés et les contradictions apparaissent lorsque l'auteur du faux a su qu'il altérerait matériellement la vérité. Ainsi certains arrêts ont déclaré des faux non punissables pour défaut d'intention, en se fondant uniquement sur le but que l'agent se proposait d'atteindre, c'est-à-dire en tenant compte des mobiles du crime. Mais ce n'est pas la solution qui a prévalu, et actuellement on s'aperçoit que l'intention résulte en fait de l'existence même du préjudice possible que l'inculpé a connu, et que, par conséquent, les deux notions d'intention et de préjudice sont étroitement liées.

CHAPITRE II

LE PRÉJUDICE DANS LA TENTATIVE

SECTION I

Généralités

La question de la tentative se rattache elle aussi à l'étude de notre sujet par la notion d'intention.

Si l'on analyse d'un peu près la notion de tentative on ne peut manquer de constater le lien qui existe entre l'acte matériel tenté et la volonté dans certains cas de causer un préjudice. Il en est ainsi notamment dans les infractions pour lesquelles le législateur exige le préjudice comme élément constitutif.

En effet, nous avons vu dans notre introduction que le préjudice n'est pas autre chose que le dommage envisagé d'un point de vue objectif, c'est-à-dire relativement à la personne qui le subit. Au cas de tentative le dommage n'est pas réalisé, il n'y a encore qu'une « victime future » par conséquent on ne peut pas parler de préjudice certain; néanmoins l'auteur de la tentative est punissable, car il avait la ferme intention de causer un préjudice. La difficulté consiste à prouver l'intention nocive; à déterminer le moment à partir duquel il n'y a plus de doute sur la

mentalité de l'agent de l'acte. C'est cette difficulté que nous allons essayer de résoudre en examinant rapidement les différents termes de la tentative.

Le droit de punir que possède la société est en lui-même au-dessus de toute contestation et ne saurait être mis en doute; le nier serait contredire l'histoire universelle dans ce qu'elle a de plus positif.

Mais ce principe une fois posé, le devoir du criminaliste est d'apprécier la valeur morale des actions punissables et le degré de responsabilité qu'elles font peser sur leurs auteurs; il doit discerner les nuances multiples de la criminalité, sonder les mystères de la volonté humaine. Il doit rechercher justement si l'auteur de l'acte a voulu causer un préjudice à la victime, s'il y a un lien de causalité entre l'intention de commettre le fait matériel et le dommage, tracer la limite qui sépare la pensée criminelle du crime lui-même.

« Tant qu'une pensée repose dans le sein de l'homme, Dieu seul a le droit de lui en demander compte; ce n'est que lorsqu'elle se produit au dehors, lorsqu'elle se manifeste par des actes extérieurs qu'elle tombe sous la juridiction humaine » *cogitatio nis paenam nemo patitur* (1).

Avant d'aborder la tentative pour chacun des délits principaux contre la propriété, il nous faut dire un mot au sujet de la distinction du délit manqué, du délit tenté et des actes préparatoires.

Le Code pénal de 1810 ne punit la tentative qu'autant 1° qu'elle a été manifestée par des actes exté-

(1) ULPIEN, L. 18. *Dig. de Pacnis*.

rieurs et suivie d'un commencement d'exécution; 2° qu'elle n'a été suspendue que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur. Ainsi, deux caractères essentiels indiquent la tentative punissable: le commencement d'exécution du fait matériel, la possibilité de suspendre volontairement cette exécution, car, quand cette faculté a cessé d'exister ce n'est plus une tentative, le crime est consommé. Et de là découlent ces deux conséquences, qu'un acte extérieur accompli en exécution d'une résolution criminelle ne suffit pas pour constituer la tentative, il faut un acte d'exécution (2).

En matière de criminalité, l'acte préparatoire n'offre aucun caractère de délit et dès lors il n'est pas atteint par la loi pénale; le commencement d'exécution, au contraire, caractérise la tentative, que la loi punit comme le crime même. Il importe de les distinguer l'un de l'autre, mais on n'en trouve la définition dans aucun texte. Or, les criminalistes font remarquer, comme différence caractéristique que l'acte préparatoire ne s'applique nécessairement à aucune infraction déterminée alors que le commencement d'exécution a un rapport direct et nécessaire avec l'infraction projetée.

Le délit impossible se sépare du délit tenté ou manqué en ce point essentiel que le résultat voulu par l'agent ne pouvait être atteint par manque d'objet ou insuffisance de moyens. Le crime impossible est un crime irréalisable, d'où en législation un double problème se pose.

(2) *D.H.* 1934, p. 543.

Ce crime doit-il être assimilé au point de vue de la répression, à la tentative suspendue ou manquée par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur, ou bien ne convient-il pas de le punir comme un délit *sui generis*.

Si la tentative ne peut être punissable que lorsque l'intention a été réalisée en partie, il est certain que toute tentative criminelle irréalisable doit échapper à la répression; si elle n'est qu'un fragment du délit qu'il s'agissait de commettre; il faut nécessairement que l'élément matériel de la tentative soit un acte en rapport d'efficacité avec le but poursuivi.

Si au contraire on ne donne d'importance au fait que comme expression de la volonté de l'agent, la question du délit impossible ne se pose pas. Dans la tentative, en effet, on ne punit pas la criminalité de l'agent, mais la criminalité de l'agent révélée par le fait accompli.

En droit positif la notion de préjudice peut intéresser et éclairer un point obscur ayant trait à l'étude de la tentative. Elle peut servir, en effet, à distinguer l'acte préparatoire du commencement d'exécution; la tentative est l'attaque commencée contre le droit dont la violation constituera le délit. Le commencement d'exécution exige pour sa réalisation que l'auteur de l'acte ait la volonté générale de commettre le délit et en outre la volonté particulière de causer un préjudice. Dans l'acte préparatoire au contraire on ne rencontre pas l'intention de commettre un dommage particulier.

En législation on pourrait concevoir dans l'appli-

cation de la peine encourue au cas de tentative un système de proportionnalité basé sur l'évaluation du préjudice éventuel.

SECTION II

La tentative de faux

La tentative du crime de faux est punissable. Cette solution qui s'imposait d'ailleurs est d'une grande utilité pour assurer la répression au cas de faux commis dans un acte nul. En effet, les arrêts, qui punissent le faux comme crime consommé dans les actes nuls, sont amenés à rechercher péniblement quel préjudice l'acte, tel qu'il se présente, pouvait causer. Si au contraire on qualifie le fait de tentative, il suffit de prouver ce qui est, que l'acte en le supposant valable, aurait pu nuire à autrui; ce système a d'ailleurs été adopté plusieurs fois par la Cour de Cassation.

Elle a ainsi décidé que l'usage qu'on fait d'une quittance après y avoir opéré une surcharge pour y augmenter la somme qui y est portée, constitue un faux, bien que cette quittance ne soit pas signée et que le créancier à qui on l'oppose puisse dès lors la neutraliser par sa seule dénégation d'avoir reçu la somme y énoncée.

Egalement l'apposition d'une fausse signature sur un acte notarié constitue une tentative punissable de faux en écriture authentique et publique, quoique cet acte soit resté imparfait par suite de circonstances indépendantes de la volonté du faux-signataire (3).

(3) Cassation, 14 octobre 1854. S. 54-1-826.

Il n'en serait autrement que si les éléments mêmes de cette tentative faisaient défaut, par exemple, si l'acte était précisément resté informe par la volonté propre de l'agent.

Des difficultés peuvent se produire aussi pour déterminer à quel moment de réalisation doit être arrivé le crime pour constituer la tentative punissable.

Pour l'obtention d'un diplôme, si un élève, se fait remplacer à l'examen par un autre, prenant son nom et imitant sa signature, il obtient ainsi par fraude un certificat d'aptitude. Cette substitution frauduleuse, produisant une fausse constatation, constitue un faux consommé en écriture authentique. Mais supposons que la substitution frauduleuse soit aperçue lors de l'examen et que l'obtention du diplôme ait été refusée, il y aura tentative de faux en écriture publique.

Mais y a-t-il tentative lorsque la fraude n'a eu lieu que dans la demande d'admission écrite par le substitué sous le nom et la fausse signature du candidat ?

Il semble bien d'après la distinction des actes préparatoires et des actes d'exécution que la demande adressée par le candidat ne constitue qu'une mesure préalable insuffisante pour caractériser la tentative.

TITRE III

INFLUENCE DE LA RÉPARATION ET DE LA DISPARITION DU PRÉJUDICE

CHAPITRE PREMIER

LE CONSENTEMENT DE LA VICTIME

SECTION I

Le consentement - Ses vices

L'ordre public est le but de la Société; cette idée a été exprimée très nettement par la Cour de Cassation dans un arrêt dont il a été question dans l'introduction de cette thèse.

Elle a déclaré que les lois qui protègent la vie des hommes, sont d'ordre public; les crimes et les délits contre les personnes ne blessent pas moins l'intérêt général de la Société que la sûreté individuelle des citoyens. Aucune volonté particulière ne saurait absoudre et rendre licite le fait que les lois ont déclaré punissable.

Ce principe étant posé, il est facile de conclure que le consentement de la victime qui n'est qu'une volonté individuelle ne peut effacer le délit, et que inversement, la Société ne peut, à son gré, se dérober à son

devoir essentiel qui réside en la réparation du préjudice causé par le coupable.

Nous avons déjà vu que le délit est la faute que la société interdit, et non la faute morale, qui souvent n'est pas sanctionnée par la société.

Le délit, en effet, est une offense faite au public; la victime n'est pas seulement la personne lésée, le délit a nui à l'ordre social. Il est impossible, par suite, de permettre à la victime de pardonner dans tous les cas; donc en principe, le consentement de la victime est sans valeur et ne peut empêcher le délit d'exister et son auteur d'être punissable.

Si ces principes sont vrais en ce qui concerne les délits qui intéressent les droit inaliénables de l'individu, ils cessent de s'appliquer aux infractions qui nécessitent comme élément de leur existence le non-consentement de la victime.

Parmi ces dernières nous devons précisément classer les délits contre la propriété qui ont tous cette particularité que le non-consentement de la victime est un de leurs éléments constitutifs.

Nul n'a jamais nié que la propriété fut un droit aliénable dont on peut disposer de la manière la plus absolue (sous réserve cependant de ne pas en faire un usage nuisible à autrui).

S'il est vrai, d'une façon générale, que le consentement de la victime fait disparaître le délit, il n'en est cependant pas toujours ainsi: par exemple, un consentement vicié dans son essence ne sera pas pris en considération, que ce vice soit le résultat de la fraude ou de la violence. En d'autres termes, il faut que le

consentement émane d'une personne capable, et, qu'il ne soit pas vicié; c'est-à-dire qu'il y a consentement valable, quand la personne est saine d'esprit, qu'elle peut juger de la nature du délit et apprécier le préjudice qui va lui être causé.

Les enfants n'ont pas bien souvent le discernement suffisant pour que leur consentement soit valable; il y a là question de fait dont l'appréciation est laissée au juge saisi du délit. Il en est de même pour les fous; c'est dans ce sens que fut rendu un arrêt du 18 mai 1876.

« Si la soustraction nécessaire pour constituer le
« vol n'existe qu'autant que la chose soustraite a été
« appréhendée à l'insu et contre le gré du proprié-
« taire, et si la remise volontaire de cette chose par le
« propriétaire est exclusive d'une telle soustraction,
« alors même qu'elle aurait été le résultat d'une
« erreur. Il en est autrement lorsque la remise a été
« faite par une personne en état de démence, qui n'a
« été qu'un instrument passif à l'aide duquel celui qui
« a reçu la chose l'a appréhendée frauduleuse-
« ment » (1).

L'âge de la victime n'est d'ailleurs pas seul à jouer dans l'appréciation de la valeur du consentement, il faut tenir compte également des différents vices qui peuvent affecter la volonté. Sans discussion on admettra que le consentement obtenu par la violence et la menace n'est certainement pas un consentement obtenu par la fraude; la jurisprudence, après quelques hésitations semble admettre aujourd'hui d'une façon

(1) 18 mai 1876. S. 76-1-327.

ferme l'inefficacité du consentement frauduleusement obtenu.

Cette solution est conforme à l'équité du moment et c'est l'absence de volonté qui fait naître le délit; il est logique qu'il y ait délit, si le consentement n'a pas été obtenu d'une façon loyale.

SECTION II

L'erreur

Si nous prenons le cas de l'article 379 nous voyons que pour qu'il y ait soustraction il faut prendre, enlever. Or, que décider si, sous l'empire d'une erreur, la victime a remis volontairement la chose au voleur. La doctrine aussi bien que la jurisprudence sont unanimes à dire que la remise de la chose exclut toute idée de soustraction, même lorsqu'elle est le résultat d'une erreur. Par conséquent, la remise volontaire étant exclusive du fait même de la soustraction, il s'ensuit que toutes les circonstances ultérieures ne peuvent réagir contre cette remise pour en détruire la portée ou en modifier les effets (2).

SECTION III

Le consentement peut-il être donné à n'importe quel moment ?

Le consentement peut être donné avant, pendant et après l'acte qu'il doit valider.

(2) S. 84-2-37, 12 avril 1883.

Certains auteurs ont soutenu que dans certaines hypothèses le consentement pouvait n'intervenir qu'une fois l'acte accompli; mais qu'il opérait alors rétroactivement comme le pardon qui produit un effet juridique rétroactif.

Il est bien évident que cette théorie méconnaît le caractère spécifique de l'action pénale. Il ne peut pas plus y avoir rétroactivité au cas de consentement tardif de la victime qu'au cas de restitution et de réparation du préjudice par l'auteur du délit.

Par conséquent pour être valable, le consentement doit être donné avant le fait accompli et de plus il doit persister au moment de l'exécution de l'acte; c'est-à-dire, d'une façon implicite qu'il peut être révocable jusque ce moment-là.

Examinons l'hypothèse controversée où le consentement intervient après l'accomplissement de l'acte délictueux. Il y a là plus un pardon qu'un consentement, la victime ne peut plus consentir à un acte qui est fait, il y a là en réalité une acceptation du préjudice subi qui n'intervient que pour effacer la criminalité de l'acte. Il y a là une sorte de grâce privée qui se justifie le plus souvent par le fait que le dommage a été réparé par l'auteur du délit.

Dans l'état actuel de notre législation le consentement ultérieur à l'accomplissement de l'acte ne saurait être pris en considération et sera inefficace. Le fondement de cette règle est qu'il n'y a pas en France de délit privé, c'est-à-dire de délit, si léger qu'il soit, qui ne trouble l'ordre public.

Au contraire dans l'ancien droit l'immunité, résultant de la restitution et du pardon, a été de droit commun. A cette époque en effet, l'action publique, au lieu d'être exercée par la société, comme de nos jours, appartenait à la personne lésée qui pouvait seule punir ou grâcier librement (3).

Pour conclure il faut dire : « Dès que le délit est consommé, la responsabilité pénale de son auteur est définitivement engagée; le pardon de la victime, la réparation du préjudice causé, ce que l'on a appelé le repentir actif, ne peuvent avoir légalement aucun effet et n'empêchent pas la peine entière d'être encourue ».

Néanmoins il ne faut pas exagérer la rigueur de ce principe et affirmer d'une façon absolue que le consentement ultérieur est inopérant et sans effet; il existe des exceptions pour lesquelles le Ministère public ne peut agir sans une plainte de la partie lésée; or, celle-ci par son consentement ultérieur qui se manifeste par l'abstention d'une plainte empêche la mise en mouvement de l'action publique.

Notons enfin que dans bien des cas, il y aurait intérêt à permettre à la victime d'arrêter les poursuites, par exemple pour les délits contre la propriété qui n'ont causé qu'un préjudice minime. Pour cela il suffirait d'augmenter les cas où une plainte préalable est nécessaire pour toute poursuite criminelle.

(3) LA GRASSERIE, *Effet de la réparation et du pardon sur les peines à intervenir*.

SECTION IV

Effets du consentement

au point de vue de l'existence des délits contre la propriété

Il est donc bien évident que c'est un principe certain en doctrine et en jurisprudence que l'une des conditions essentielles des délits contre la propriété, c'est qu'ils aient été commis contre le gré du propriétaire.

Le consentement n'est pas seulement un fait justificatif, il rend ces sortes de délits inexistantes, puisqu'un de leurs éléments fait défaut.

La maxime « *Volente non fit injuria* » trouve son application la plus large lorsque la victime a déclaré à l'auteur qu'elle consentait à subir une action qui n'est un délit qu'autant qu'elle s'y opposait.

Ainsi le vol est défini par l'article 379 du Code pénal comme la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Il faut alors qu'il y ait fraude.

Le caractère délictueux disparaît si la soustraction est faite avec le consentement de la victime (4).

La remise volontaire des billets de banque entre les mains d'un créancier, pour opérer le paiement de sa créance est essentiellement exclusive du fait de la soustraction qui est un des éléments constitutifs du vol, encore bien que cette remise ait été le résultat d'une erreur.

C'est en effet un principe constant en doctrine et en jurisprudence qu'il n'y a de vol, dans le sens de la loi, que lorsque la chose, objet du délit, passe de la

(4) BLANCHE, 2^e édit., t. 5, p. 626. — CHAUVEAU et HÉLIE, 6^e édit., t. V. — GARRAUD, 2^e édit., t. V.

possession du légitime détenteur dans celle de l'auteur du délit, et que pour soustraire, il faut, comme le dit un arrêt de la Cour de Cassation du 18 novembre 1837, prendre, enlever, ravir, principe fréquemment appliqué au cas où une chose remise par erreur a été ensuite frauduleusement retenue. On a expliqué ce défaut d'incrimination en disant que « lorsqu'il « y a eu remise volontaire, le possesseur qui s'est « volontairement dessaisi commet une imprudence « dont il doit s'imputer les suites, et qu'il n'a pas « droit à la même-protection que celui qui n'est « dépouillé que par la fraude ou la violence ».

Une des conséquences qui découle de ce principe c'est que les *res delictae*, qui n'ont plus de propriétaire ne peuvent être l'objet d'un vol (5).

Néanmoins il ne faut pas conclure que la remise volontaire fasse toujours disparaître le délit. Ce dernier existerait, bien qu'il y eut remise volontaire, si cette remise était exclusive de tout désir de se saisir de la chose, s'il n'y avait eu qu'une communication nécessaire en vue d'un examen de l'objet et sous condition implicite de sa restitution immédiate. La jurisprudence actuelle tend à adopter cette solution (6) et abandonne ses anciens principes qui la conduisaient à juger en sens contraire et à admettre que la soustraction nécessaire pour constituer le vol n'existait qu'autant que la chose soustraite avait été appréhendée contre le gré du propriétaire. Dans un arrêt de 1864 elle décidait que la remise volontaire d'une chose par

(5) 2 déc. 1871 (72-1-148).

(6) Dijon, 2 juillet 1899. S. 99-2-67.

le propriétaire au prévenu est exclusive de la soustraction alors même qu'elle n'aurait été que momentanée et faite sous la condition implicite d'une restitution immédiate (7).

La jurisprudence actuelle est plus conforme à l'équité.

Il en est de même pour l'escroquerie et l'abus de confiance. Ces délits supposent la tromperie, des manœuvres frauduleuses ; par conséquent si la victime connaît ces moyens dolosifs et y consent, il n'y aura qu'un abandon pur et simple, un don manuel.

L'infraction prévue par l'article 406 du Code pénal est consommée au moment où le mineur a souscrit l'obligation au profit du prêteur et dès lors, cette infraction doit être réprimée, malgré la ratification consentie par la victime du délit à l'époque de sa majorité ; d'autant plus qu'ici, cette obligation, atteinte de nullité, comme ayant pour cause un prêt d'argent consenti dans des conditions constituant une infraction à la loi pénale et contraire à l'ordre public, n'est pas légalement susceptible d'être ratifiée (8).

Le délit de l'article 406 du Code pénal est constitué dès lors que le mineur a souscrit, une obligation à titre de prêt d'argent. Le dédommagement que lui aurait ultérieurement procuré le prêteur, même avant toute poursuite ne saurait faire disparaître l'infraction. En effet, les conventions entachées d'une nullité

(7) Cassation, 11 août 1899. *S.* 1901-1-602 ; *S.* 1864-1-242 et Cassation criminelle, 2 déc. 1871, *S.* 72-1-148.

(8) *S.* 1920-1-188.

d'ordre public ne sont pas susceptibles de confirmation (9).

Egalement en matière d'incendie ; si un propriétaire accepte qu'un tiers incendie sa chose, aucune poursuite ne pourra être intentée, dans tous les cas où le propriétaire, mettant lui-même le feu, ne serait pas inquiété. Mais la loi reprendrait tout son empire si le feu était mis dans un lieu habité.

(9) Cassation criminelle, 13 novembre 1840. S. 41-1-06.

CHAPITRE II

LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE ET SA DISPARITION

SECTION I

Principes généraux

« Le repentir c'est toujours de l'innocence ».
(BÉRENGER)

Le sentiment populaire qui déclare vaine la répression quand le délinquant a restitué les sommes qu'il avait dissipées ou détournées n'est pas irraisonné, il a une certaine justification juridique. Cependant cette justification est insuffisante pour autoriser en l'état actuel du droit positif une solution différente de celle qui a prévalu en jurisprudence; cela tient à ce que, peu à peu, la société s'est substituée à l'individu. A mesure que le lent travail des siècles fit naître et consolider une autorité supérieure à l'individu et aux groupes naturels, la notion d'intérêt social lésé par le délit apparut. Dès lors, à côté de la victime de l'infraction pénale, on vit la société intervenir dans les procès répressifs et y prendre une place de plus en plus prépondérante.

Dans certaines législations étrangères il existe une théorie légale sur ce sujet, c'est la théorie du repentir

actif. Notre droit positif n'est d'ailleurs pas absolument étranger à cette idée. On trouve en effet dans le Code pénal diverses solutions qui se rattachent par un lien plus ou moins direct à cette théorie du repentir actif. Il en est ainsi en matière de tentative.

Evidemment il est de principe que les deux actions publique et privée sont indépendantes l'une de l'autre, et il est reconnu par l'article 4 du Code d'Instruction criminelle que la renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'action publique. Mais ne pourrait-on pas soutenir, non sans raison, que ces règles comportent une dérogation quand il s'agit de délits contre les biens et que l'établissement de la responsabilité pénale est fondée sur le désir d'assurer la fidélité des engagements et la sauvegarde du patrimoine ? La peine ne poursuit pas alors un but social, elle ne contribue pas, à vrai dire, à la protection d'un intérêt public, elle sauvegarde des intérêts privés ; dès lors ne convient-il pas de l'écarter au cas de réparation du dommage ?

En droit pur, la question peut se poser, et il n'est pas certain que la solution la meilleure se trouve dans la loi positive, tout au moins au cas de réparation volontaire et spontanée.

Ces principes étant posés nous allons examiner rapidement la question de la réparation ou de la disparition du préjudice dans les différents délits contre la propriété.

SECTION II

Influence de la réparation du préjudice au cas de vol

En matière de vol,, une fois la soustraction frauduleuse consommée, le repentir du voleur et la restitution qu'il ferait de son propre mouvement de la chose volée, suffiraient-ils pour le mettre à l'abri des peines ?

Il semblerait raisonnable de décider, surtout si le malfaiteur revint sur ses pas quand personne ne connaît encore le méfait, qu'aucune peine ne sera infligée; car la société a intérêt, pour la sauvegarde de l'ordre public, à provoquer par la promesse de l'impunité la réparation du vol. Mais il n'en est rien et l'article 379 s'oppose à cette interprétation.

Le principe que la soustraction est l'acte matériel qui consomme le vol, nous tirerons une conséquence immédiate, c'est que, lorsque cet acte est consommé, le repentir du coupable et la restitution même immédiate qu'il ferait de la chose volée, ne feraient point disparaître le caractère criminel du vol. En effet, la réparation du préjudice causé ne s'étend qu'à l'action civile; l'action publique, qui a pour but la réparation du délit dans son élément moral, s'exerce indépendamment du dommage matériel que ce délit a pu produire.

Le repentir du coupable, attesté par la restitution, atténue sa culpabilité, mais ne l'efface pas entièrement; l'action répressive naît au moment même où le délit s'accomplit, et les actes postérieurs de l'agent ne sauraient en arrêter le cours.

Cependant si la restitution précède les poursuites et n'a pour cause que le repentir de l'agent, cette poursuite est nuisible et rigoureuse.

Néanmoins en l'état actuel des textes et de la jurisprudence il faut conclure qu'une fois la soustraction frauduleuse consommée, le repentir du voleur et la restitution qu'il ferait de son propre mouvement de la chose volée ne suffiraient point pour le mettre à l'abri des peines de la loi. Cette restitution éteint à la vérité l'action civile, qui n'aurait plus alors de raison d'être, à moins que le vol n'eût causé quelque préjudice distinct de la privation de la chose elle-même, mais elle laisserait subsister l'action publique qui en est parfaitement indépendante.

Il a été jugé par application de ces principes que la seule appréhension d'un objet mobilier appartenant à autrui, avec l'intention de se l'approprier, constitue une soustraction frauduleuse consommée et non une simple tentative et que la qualification légale de ce fait ne change point par la restitution de l'objet, faite peu de temps après l'action, et avant toute poursuite ; cette circonstance étant propre seulement à motiver une atténuation de peine. Il a été décidé de même que la restitution de l'objet volé avant toute poursuite est une circonstance qui atténue le délit, mais qui ne l'efface pas.

L'enlèvement, le déplacement de la chose mettrait la preuve de l'absence d'intention à la charge du prévenu. La circonstance qu'il a restitué l'objet enlevé, pourra être prise en considération, mais elle ne ferait pas une preuve complète, car la restitution volontaire ne fait pas disparaître le vol consommé.

La conséquence du caractère instantané du vol, est que, juridiquement, le repentir de l'agent est tardif et ne fait pas disparaître le délit lorsqu'il se produit après la soustraction commencée. La restitution spontanée de l'objet volé, avant toute plainte ou poursuite, ou même avant que la disparition de cet objet ait été découverte, ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action publique.

Ainsi l'individu qui, ayant trouvé des objets sur la voie publique (des billets de banque, dans l'espèce) a, dès le moment de l'appréhension, pris des précautions pour dissimuler sa trouvaille et la soustraire aux recherches du propriétaire, il est coupable de vol, alors même qu'il aurait, s'étant trouvé découvert, restitué l'intégralité des objets recueillis, s'il ne l'a fait qu'en vue d'échapper à des poursuites (1).

SECTION III

Influence de la réparation du préjudice en cas de faux

La destruction volontaire de la pièce fausse ne met point obstacle à la poursuite du faussaire; son désistement, postérieur à la consommation du crime, est sans effet juridique et le préjudice est possible aussi longtemps que le faux a existé.

En droit ce principe est incontestable. Cependant il en serait autrement, si la destruction même du faux prouvait que l'agent n'a pas eu l'intention criminelle au moment même de la confection de l'écrit, par exemple, s'il n'a agi que par simple plaisanterie.

(1) *S.* 42-1-853.

(2) *D.* 73-2-140.

SECTION IV

Influence de la réparation du préjudice au cas d'escroquerie

De la règle qu'il n'y a pas escroquerie sans préjudice, on conclura d'abord que le délit cesse lorsque les manœuvres frauduleuses et la remise ne pouvaient causer aucun dommage.

Il en serait ainsi, par exemple, si la chose devait être restituée immédiatement.

Le délit d'escroquerie consommé ne cesserait pas d'être punissable parce que le préjudice disparaîtrait postérieurement. Ainsi la restitution des sommes escroquées, même avant toute intervention de la justice, ne saurait faire obstacle aux poursuites.

Ce peut être seulement aux yeux du juge une circonstance atténuante (3).

Le fait, de la part d'un client habituel d'une banque d'escompte, de créer des traites fictives, pareilles à celles qu'il a antérieurement négociées, et de les présenter ensuite à la caisse de ladite banque pour s'en faire remettre le montant après escompte, alors qu'il sait qu'il ne pourra en faire les fonds à l'échéance, constitue le délit d'escroquerie.

Peu importe que la banque se soit fait rembourser le montant des traites fictives par son recouvreur en le menaçant d'un procès.

Le remboursement des effets par un tiers ne peut influencer le délit puisque c'est là un fait étranger à l'auteur du délit (4).

(3) *D.P.* 73-1-391 ; *S.* 1902-2-232.

(4) *S.* 39-1-700.

SECTION V

Incendie volontaire

En ce qui concerne le crime d'incendie, l'article 434 considère comme incendiaire celui qui a mis le feu volontairement.

En résultera-t-il que l'incendie sera consommé dès que le feu est mis à l'objet que l'agent veut incendier ! Est-ce que le repentir qui le portera à l'éteindre aussitôt après, par sa propre volonté, sera trop tardif ? On peut le dire en se basant sur une interprétation stricte des termes de la loi, et soutenir que le fait seul de mettre le feu volontairement renferme les éléments constitutifs de la consommation du crime ; dans ce cas, le repentir ne pourrait pas entraîner l'impunité en transformant un méfait consommé en tentative.

Toutefois, la majorité des auteurs adopte l'opinion contraire : d'après eux il semble résulter de l'ensemble des dispositions de la loi, de l'expression « préjudice » plusieurs fois répétée dans le texte, qu'il n'y a d'incendie consommé, que si le feu a causé un dommage sérieux ; avant, le repentir sera assez prompt pour mériter l'impunité (5).

SECTION VI

Abus de confiance

C'est un principe certain que la réparation, même complète, ne peut faire disparaître un abus de confiance consommé. Si donc le préjudice s'est trouvé un moment réalisé (même simplement éventuel) le

(5) *D.* 45-5-502.

délit ne cesse pas d'être punissable, parce que le prévenu, par ses propres moyens ou grâce à l'intervention d'un tiers, est parvenu à indemniser la victime.

Cette restitution tardive éteint l'action civile, mais laisse subsister l'action publique.

Avant les lois du 18 avril, 13 mai 1863, cette solution était contestée par la doctrine et notamment par CHAUVEAU et HÉLIE, qui enseignaient que si après avoir obtenu la remise des valeurs, l'agent les avait restituées, cette restitution faisait disparaître le délit (6). Mais cette opinion était déjà repoussée par la jurisprudence qui retenait l'abus de confiance même lorsque la restitution faite par l'agent était antérieure aux poursuites (7). Aujourd'hui la Doctrine faisant sienne la thèse de la jurisprudence admet que c'est au moment où se consomme le délit qu'on doit en apprécier la criminalité.

Le point délicat est de déterminer le moment où le délit s'est trouvé consommé, et après lequel la réparation devient tardive.

Le détournement, élément constitutif du délit d'abus de confiance, est consommé, de la part de celui qui, ayant reçu d'un tiers pour être remis aux représentants de l'autorité un portefeuille trouvé sur la voie publique et contenant des billets de banque, fait disparaître le portefeuille et mélange les billets avec son propre argent.

Et on ne saurait considérer comme une restitution volontaire exclusive du détournement, la remise des

(6) CHAUVEAU et HÉLIE, t. V, n° 2020.

(7) *D.* 55-5-195.

billets, faite par le prévenu lorsqu'il entend un agent de la force publique recevoir l'ordre d'aller chercher le tiers qui lui a remis le portefeuille (8). En effet, le délit d'abus de confiance existe dès l'instant du détournement des choses confiées s'il est établi qu'à ce moment le mandataire n'avait pas l'intention de restituer. Néanmoins au cas de restitution spontanée et volontaire qui ne laisse plus subsister que l'imputation d'un simple retard dans l'exécution des obligations sanctionnées par la disposition pénale de l'article 408, retard que l'on s'accorde à considérer comme non délictueux.

Quid? quand la restitution n'est ni libre ni spontanée? D'après la jurisprudence, le délit, dès qu'il est caractérisé par la constatation de faits de détournement ou de dissipation, commis avec une intention de préjudice, se trouve consommé au moment où de tels faits se sont accomplis, et n'est pas couvert par la réparation du dommage qu'il était de nature à entraîner, la valeur desdits titres, reste sans effet au point de vue de la poursuite, si, au moment où il est intervenu l'abus de confiance était déjà consommé.

A plus forte raison, la novation opérée postérieurement à la poursuite demeure-t-elle sans effet.

Il en serait autrement si l'abus de confiance n'était pas consommé (9).

Egalement dans le même sens.

La jurisprudence décide d'une manière constante que la novation en présence du délit d'abus de

(8) 13 juillet 1901. S. 1904-2-181.

(9) S. 1902-1-302.

confiance consommé est inopérante à éteindre l'action publique, même si elle a lieu avant les poursuites du Ministère public, ou même avant la plainte de la victime. Le seul effet qu'elle puisse produire dans ce cas est d'enlever au créancier le droit d'exercer devant les tribunaux de l'action civile résultant du délit commis à son préjudice.

Pour que la novation ait effet sur l'action publique, il faut, qu'intervenant à un moment où le délit n'est pas encore consommé, elle supprime la base délictuelle du détournement de fonds en substituant au premier contrat un contrat non énuméré par l'article 408 du Code pénal (10).

Par exemple il n'y a pas d'abus de confiance lorsque, par suite d'une novation, le prévenu avait cessé de détenir à titre de mandataire les fonds du mandant.

D'autre part l'application de l'article 408 n'est pas subordonnée à la condition que le prévenu ait été, avant toute poursuite, mis en demeure de remplir ses engagements, et spécialement de restituer les objets qui lui avaient été confiés.

Ainsi, un mandataire peut être déclaré coupable d'abus de confiance par détournement de sommes à lui remises en vertu de son mandat, sans qu'il soit nécessaire, pour la recevabilité de la poursuite, que le prévenu ait été mis préalablement en demeure d'exécuter les obligations nées du contrat en vertu duquel la chose détournée ou dissipée lui avait été remise, et pour la condamnation, qu'il soit constaté, par le juge, que cette mise en demeure est restée infructueuse.

(10) S. 1903-1-382.

En tout cas, un point certain, c'est que la restitution est tardive si elle intervient, alors que tous les éléments du délit étant déjà réalisés, le délit est définitivement consommé.

La restitution est certainement tardive lorsqu'elle intervient seulement après les poursuites commencées. Mais il ne faudrait pas conclure de cela que la restitution est efficace pourvu qu'elle intervienne avant les poursuites commencées (11).

Ainsi il a été jugé que le délit était punissable alors que le prévenu n'avait restitué que pour éviter des poursuites, alors qu'il avait vendu les valeurs qui lui étaient confiées.

Ainsi le traité par lequel un individu, qui a détourné des titres à lui confiés, s'engage, avant toute poursuite judiciaire, à payer à son créancier les traites ayant été acceptées par le mandant. Peu importe que ces traites soient restées impayées à l'échéance (12).

Il en serait autrement si l'acceptation des traites en échange des fonds que devait remettre le mandataire n'avait pas été libre de la part du mandant; si notamment celui-ci n'avait accepté les traites qu'après d'inutiles réclamations et ne pouvait faire mieux.

Dans ce cas, en effet, la transformation de l'obligation primitive n'avait lieu qu'à un moment où l'abus de confiance était consommé; elle ne pouvait plus mettre obstacle à l'action du Ministère public (12 bis).

Au contraire la novation de la dette opérée posté-

(11) S. 94-1-208; S. 53-2-415.

(12) S. 1882-1-286.

(12 bis) 6 février 1858. B.C. n° 40.

rieurement à la poursuite demeure sans effet au point de vue de cette poursuite.

L'abus de confiance reproché au prévenu n'en existe pas moins lorsque les fonds, qui lui ont été originairement remis à titre de mandat et qu'il a détournés, cessent, après les poursuites, d'être détenus par lui au même titre. Lorsque la novation n'a lieu qu'au moment où l'abus de confiance est déjà consommé, elle ne peut mettre obstacle à l'action du Ministère public (13).

L'abus de confiance est réalisé lorsque le possesseur précaire offre, pour se libérer, non pas la chose même qui lui a été confiée, mais une valeur équivalente.

Il a été fait application de cette idée au cas de restitution partielle et incomplète de la chose confiée :

Ainsi « a un créancier qui, ayant reçu en nantissement une reconnaissance du Mont de Piété constatant un engagement d'une paire de boucles d'oreilles en diamants, avait dégagé ces bijoux et avait offert de les rendre à son débiteur moyennant le remboursement de sa dette, mais n'avait représenté à l'audience que des boucles d'oreilles d'un poids inférieur » (14). (Pandectes, 99-2-93).

(13) 1864, *B.C.* n° 125. *S.* 94-1-208.

(14) *Pandectes* 99-2-93.

DEUXIÈME PARTIE

L'évaluation du préjudice dans la détermination de la peine

CHAPITRE PREMIER

L'AMENDE PROPORTIONNELLE

SECTION I

Historique des divers systèmes susceptibles d'être appliqués en matière d'amende pénale proportionnelle

L'amende pénale, la seule dont nous nous occupons ici se distingue de l'amende civile par les caractères suivants :

1° Elle résulte soit d'une loi, soit d'un règlement d'administration publique rendu en exécution d'une loi;

2° elle est infligée en raison d'une infraction à la loi pénale;

3° elle n'est jamais encourue de plein droit et dans tous les cas doit être prononcée par un tribunal après une déclaration préalable de culpabilité;

4° c'est une peine personnelle.

L'amende pénale est donc une peine qui consiste dans l'obligation imposée au condamné de payer une somme déterminée à l'Etat; elle est applicable en matière criminelle correctionnelle et de simple police. Toutefois il est bon de remarquer qu'en matière correctionnelle elle est prononcée quelquefois seule.

Il ne faut pas confondre l'amende pénale, soit avec certaines sanctions pécuniaires attachées par la volonté des parties à la violation d'une convention ou d'un contrat, soit avec certaines autres sanctions pécuniaires édictées par les lois civiles et fiscales.

Parfois le taux de l'amende est variable, il en est ainsi toutes les fois que la loi établit une certaine proportion entre ce taux et une base qu'elle détermine.

On comprend très bien que l'importance du dommage causé par un délit contre la propriété, doit entrer comme élément dans la mesure d'aggravation de la culpabilité; à cet effet la loi édicte des amendes proportionnelles.

Il semble que ce genre d'amende ait une origine religieuse se rapportant à la pratique des pèlerinages expiatoires et judiciaires. Dans le très ancien droit, en effet, les délinquants étaient condamnés par les juridictions religieuses à accomplir pour la réparation de leurs méfaits un pèlerinage appelé d'ailleurs « voyage » vers les lieux sanctifiés par un grand fait religieux ou vers le tombeau d'un saint (1).

Ce système, d'abord purement religieux, passa dans le régime pénal laïc tout au moins pour les infractions de minime gravité.

Puis, plus tard, vers la fin du Moyen Age, ces voyages purent être rachetés de telle sorte que la condamnation à un pèlerinage équivalait à une amende; il existait des tables de conversion permettant d'établir l'équivalence.

(1) Chypre, Rhodes, Constantinople, Saint-Josse-sur-Mer, N.-D. de Walcourt, cf. E. CAUWENBERGH.

La coutume du pays de Lecge nous donne certains taux :

Saint-Jacques = 10 florins d'or.

Walcourt = 1 florin $3/4$.

Notre système de l'amende proportionnelle en droit pénal se ressent de ses origines confuses et les règles qui le régissent de nos jours ont soulevé les plus grosses difficultés. Trois systèmes principaux se dégagent dans les diverses législations.

En ce qui concerne le Code pénal français l'élément préjudiciable n'a d'influence que sur la mesure de la culpabilité judiciaire, les juges et surtout les jurés en tiendront compte en refusant ou en accordant les circonstances atténuantes. Notre Code pénal ne tient compte de l'importance du préjudice que dans quelques cas spécifiquement énumérés.

Certaines législations précisent le chiffre au-dessous et au-dessus duquel la peine est, à raison de la valeur et de l'objet soustrait, augmentée ou diminuée.

Adoptant un troisième système, d'autres législations enfin, tout en tenant compte de l'élément dommageable dans la mesure de la culpabilité, autorisent simplement le juge à élever la peine dans des proportions déterminées si la chose est de très importante, valeur à la diminuer si la chose est de valeur minime.

D'une manière générale, dans notre Code, le montant de l'amende est alors fixé selon une proportion déterminée, dont l'un des termes sera, par exemple, le préjudice causé ou le bénéfice illégitime que le coupable voulait réaliser par le délit. D'ailleurs même

pour fixer ces amendes proportionnelles, le législateur n'a pas suivi un système unique, son procédé varie suivant les délits.

Dans certains cas, l'amende est déterminée non par une somme fixe, mais en établissant une certaine proportion entre elle et le bénéfice illégitime procuré par l'infraction.

Telles sont les hypothèses prévues par les articles 164 et 172 du Code pénal. Lorsque le taux de l'amende est ainsi basé sur le bénéfice procuré par le délit ou sur le dommage causé, le juge ne peut excéder le minimum ou le maximum fixé par la loi sans évaluer le chiffre du préjudice. Il faut en effet que la Cour de Cassation puisse apprécier si la proportion déterminée par le texte a été ou n'a pas été observée.

TRÉBUTIEN (2) affirme que, si le juge veut profiter « de cette latitude, il doit fixer d'abord la quotité du « profit ainsi obtenu. Cette détermination en matière « criminelle peut se trouver dans les réponses du jury « comme dans l'arrêt de la Cour d'Assises ; en matière « correctionnelle, on devra en indiquer le quantum au « moins dans les considérants de la décision judiciaire ».

Ainsi pour le faux, le minimum de l'amende est de cent francs, mais elle peut être portée jusqu'au quart du bénéfice illégitime que ce crime a procuré ou était destiné à procurer.

En matière de recel également, l'amende pourra être portée jusqu'au quart de la valeur des objets recelés.

(2) TRÉBUTIEN, *Traité de droit criminel*, 2^e éd., 2^e vol., p. 287, n^o 375.

Et depuis la loi du 23 octobre 1919, article 1^{er} au cas de spéculation illicite, c'est jusqu'au double du bénéfice illégitime réalisé que l'amende pourra s'élever. Dans d'autres cas, adoptant un minimum fixé et un maximum variable, la loi combine le système de l'amende proportionnelle et celui de l'amende déterminée par une somme fixe.

Il en est ainsi dans les infractions prévues par les articles 177, 406, 407, 430, 437, 8, 444, 455, 6 du Code pénal.

Par exemple, pour la corruption de fonctionnaires, le minimum est de deux cents francs, alors que le maximum variant avec l'étendue de l'infraction peut s'élever à deux fois la valeur de la promesse faite par l'auteur du délit (art. 177).

Tout en conservant le système de l'amende proportionnelle quant au maximum, la loi peut très bien supprimer l'amende fixe minimum, c'est ce qu'a fait la loi du 27 décembre 1850 sur l'usuré, qui punit ce délit d'une amende pouvant s'élever à la moitié des capitaux prêtés à usure, le minimum s'élevant à un franc.

Dans certaines matières le minimum et le maximum sont l'un et l'autre proportionnels (art. 172, 174, 175 du Code pénal).

Ainsi l'amende prononcée pour les crimes de soustractions commises par les fonctionnaires publics et de concussion est, au maximum, du quart des restitutions et dommages-intérêts et au minimum d'un douzième.

Dans le cas de délit de vente ou d'achat de suffrages prévu par l'article 113 du Code pénal, nous rencon-

trons une amende qui tient à la fois de l'amende fixe et de l'amende proportionnelle. La loi sanctionnant l'article 113, édicte en effet une amende double de la valeur des choses reçues ou promises.

Cette amende qui n'a ni maximum, ni minimum, est donc une amende fixe proportionnelle (3).

Dans son amour des combinaisons variées, la loi fixe parfois à une somme déterminée le minimum et le maximum avec faculté pour le juge d'élever ce maximum selon une certaine proportion.

Ayant étudié les différents systèmes d'application de l'amende pénale proportionnelle, il nous reste à les voir fonctionner pour chaque infraction particulière pour laquelle le Code pénal a abandonné son système de fixité et a adopté la proportionnalité.

SECTION II

Influence du préjudice dans l'application de la proportionnalité

Puisque avec le système de proportionnalité nous fixons l'étendue de l'amende d'après le préjudice causé ou éventuel, chaque fois que la loi prononcera une amende proportionnelle, le juge devra d'abord évaluer la somme qui sert de base légale au calcul de la proportion, base qui varie suivant les délits.

De cette considération, il résulte que le juge appelé à prononcer une amende proportionnelle devra consulter avec soin la formule du texte qui la prononce.

Une première question se pose naturellement à

(3) GARÇON, *Code pénal annoté*.

notre esprit : que faut-il entendre par préjudice ? Ici une première difficulté s'élève.

La solution rationnelle veut que l'on entende le terme préjudice de la façon la plus large de manière à y englober le montant des dommages et intérêts et restitutions, les sommes détournées, les promesses faites ou agréées, le montant des capitaux prêtés, etc., etc... Mais même ainsi comprise l'expression préjudice a prêté à confusion et des erreurs ont été commises.

Ainsi la Cour de Cassation a dû affirmer que l'amende du délit d'abus de confiance se calcule non seulement sur les restitutions mais encore sur les dommages-intérêts ; et qu'elle ne se calcule pas uniquement sur le bénéfice que la perpétration du délit a pu procurer à son auteur (4-5).

La fixation de l'amende doit avoir pour base non seulement les restitutions mais encore les dommages-intérêts dus aux parties intéressées.

« Attendu, dit cet arrêt, qu'aux termes de l'article
« 406, la fixation de l'amende doit avoir pour base
« non seulement les restitutions, mais encore les
« dommages-intérêts dus aux parties intéressées, que
« dans le jugement attaqué, les restitutions et dom-
« mages-intérêts ayant été évalués d'office à plus de
« 400 francs, l'amende a pu être fixée à 100 francs.

« En cas de condamnation pour abus de confiance,
« l'amende proportionnelle qui peut être prononcée
« par le juge, doit être calculée, non d'après le béné-

(4) 30 août 1849. *B.C.* 229.

(5) *D.* 78-5-5.

« fice réalisé par l'auteur du délit, mais d'après le « préjudice éprouvé par la partie lésée ».

A la suite de cette constatation, il est utile de préciser que la présence d'une partie civile n'est pas nécessaire pour déterminer le montant des restitutions et des dommages-intérêts; même en son absence, le juge a le pouvoir d'arbitrer d'office la somme qui doit servir de base au calcul de l'amende proportionnelle (6).

Ainsi, il a été jugé qu'en matière de concussion, l'amende est le complément nécessaire de la peine et la Cour d'Assises doit condamner à l'amende le fonctionnaire concussionnaire quoi qu'il n'y ait point de partie civile en cause et que le jury n'ait point fixé les chiffres des perceptions illégales.

Cette même difficulté se rencontre d'ailleurs dans presque tous les cas où la loi prononce une amende proportionnelle; quelquefois elle se présente sous un jour différent, mais c'est toujours l'étendue du préjudice qui est discutée.

Ainsi, à propos de l'amende applicable au délit d'immixtion dans les fonctions d'agent de change, la Cour de Cassation a décidé qu'elle devait être déterminée d'après le chiffre du cautionnement des agents de change existant au moment où le délit a été commis, c'est-à-dire d'après le chiffre du cautionnement établi par la loi de 1816 et non celui établi par la loi du 28 ventôse, an IX (7).

Le délit d'usure a soulevé des controverses fameuses. On s'était demandé premièrement si le renouvel-

(6) *B.C.* 1842, n° 239.

(7) *S.* 57-1-879.

lement du prêt usuraire devait entrer en ligne de compte pour le calcul de l'amende; deuxièmement si on devait faire état de la réunion des capitaux et des intérêts; la solution à ces deux problèmes présentait un intérêt capital, attendu qu'aux termes de la loi du 3 septembre 1807 et de celle du 19 décembre 1850 l'amende applicable au délit d'usure peut s'élever à la moitié des capitaux prêtés à usure.

Pour ménager la *chèvre et le chou* il a été jugé (8) que le renouvellement d'un prêt usuraire doit entrer dans la supputation de l'amende.

Mais qu'on ne doit pas faire état de la réunion des capitaux et des intérêts (9).

Nous retrouvons ici en matière d'évaluation de l'amende proportionnelle la question du préjudice simplement éventuel et de la tentative.

A ce sujet on a discuté la question de savoir si l'amende proportionnellement fixée d'après les restitutions et dommages-intérêts pouvait encore être prononcée au cas où le délit est réparé par le coupable.

La Cour de Cassation a varié: elle a d'abord jugé que l'amende ne pouvait en ce cas excéder le minimum légal déterminé par une somme invariable (10). Mais elle est revenue sur cette opinion en décidant que la restitution ou la réparation ne peut faire obstacle à l'application de la peine (11).

(8) S. 37-1-408.

(9) S. 88-1-235.

(10) S. 41-1-96.

(11) D. 72-1-475.

Le prévenu « convaincu d'abus de confiance peut, « dans le cas même où la partie civile n'a pas réclamé « de dommages-intérêts, être condamnée à une « amende supérieure à cinquante francs si le dommage causé est évalué par le jugement et si l'amende « prononcée n'excède pas le quart de l'importance du « détournement ».

Citons un arrêt qui est pourtant cité par BLANCHE en sens contraire (12).

En matière d'abus de confiance, les juges ne pouvant, accessoirement à l'emprisonnement, appliquer une amende supérieure à vingt-cing francs que dans la limite du quart des *restitutions* et dommages-intérêts, « est illégitime la condamnation à 100 francs d'amende prononcée dans une affaire où le chiffre total des restitutions ne dépasse pas 250 francs » en pareil cas, il y a lieu à cassation et renvoi devant d'autres juges.

Etant admis que la restitution ne peut pas faire obstacle à l'application de la peine, nous n'avons pas résolu pour autant le problème qui se pose dans le cas où il n'existe pas de préjudice. Le cas est fréquent notamment dans l'hypothèse où il s'agit d'une simple tentative.

En pratique les juges vont se trouver obligés à ne prononcer le plus souvent que le minimum de l'amende déterminée par une somme fixe, c'est bien là la solution logique. Mais il semble cependant qu'ils pourront même dans ce cas dépasser le minimum ainsi déterminé.

(12) D. 62-5-5.

Il a été jugé, en effet, pour l'amende édictée par l'article 423 en matière de tromperie sur la nature de la marchandise vendue et délits assimilés que le tribunal correctionnel pouvait prononcer l'amende proportionnelle en appréciant le dommage préparé ou tenté (13-14).

SECTION III

Difficultés d'application du système au cas de pluralité des délinquants: la notion de solidarité

Un autre problème non moins embarrassant se pose lorsque le délit a été commis par plusieurs délinquants: le calcul de l'amende proportionnelle soulève alors des difficultés particulièrement délicates.

Avant d'aborder l'étude de ce problème, il convient de distinguer deux questions que semblent avoir confondues les quelques auteurs qui ont étudié cette controverse.

Nous avons précisé au début de cette deuxième partie que nous n'étudierions que l'amende proportionnelle pénale; nous laisserons donc de côté l'amende proportionnelle fiscale qui participant de la nature des réparations civiles doit être calculée d'une manière particulière. En ce qui concerne l'amende pénale la jurisprudence semble hésitante et ne paraît pas définitivement fixée. Peut-être, au surplus, la solution doit-elle varier suivant les délits (15).

D'après un premier système, notamment pour certains délits comme le délit d'usure ou le délit d'im-

(13) *D.* 92-1-581, 6 juillet 1878.

(14) *S.* 78-1-485.

(15) GARÇON, *Code pénal annoté: l'amende proportionnelle.*

mixture dans les fonctions d'agent de change, il semble bien résulter des arrêts rendus en la matière que le juge aurait un pouvoir discrétionnaire pour répartir l'amende proportionnelle entre les co-auteurs. Ce mode de calcul qui consiste à frapper chaque prévenu d'une amende individuelle dans une proportion fixée par la loi paraît juste et équitable. Il a été suivi par la Cour de Paris (16) pour la répression du délit d'immixtion dans les fonctions d'agent de change. Et la Cour de Cassation a formellement approuvé ce calcul en jugeant que chaque délinquant qui avait commis ce délit et qui avait participé au délit des autres avait été légalement condamné chacun et solidairement à une amende égale au douzième du cautionnement des agents de change, minimum édicté par la loi du 28 ventôse an IX.

Cependant cet arrêt déjà ancien paraît isolé; malgré la discordance de certains arrêts, de l'ensemble de la jurisprudence de la Cour de Cassation se dégage clairement le principe que lorsqu'un délit puni d'une amende proportionnelle est commis par plusieurs délinquants, le total des amendes prononcées contre tous, ne peut pas dépasser le maximum légal. Enfin, il semble qu'on doive fixer cette amende individuelle selon la proportion de bénéfice, de gains illicites, de dommage causé relativement à chaque délinquant.

Si notre premier mode de calcul n'est pas entièrement approuvé dans l'hypothèse particulière que nous venons d'envisager, il résulte au contraire de l'étude de la jurisprudence en matière de délit d'usure que le

(16) Cass. (57, 28 août).

juge aurait un pouvoir discrétionnaire pour répartir l'amende proportionnelle.

Il a été jugé que des associés qui font des prêts usuraires ne peuvent être condamnés à une seule amende collective; on doit prononcer contre chacun d'eux l'amende qu'il a encourue (17).

Egalement que le mari et la femme communs en biens, qui font des prêts usuraires avec les valeurs de la communauté sont passibles chacun d'une amende (18).

Ces arrêts ne sont d'ailleurs pas isolés. Ils ont été confirmés et précisés par des arrêts postérieurs qui décident que si chacun des prévenus reconnus co-auteurs du délit d'usure doit être condamné à une peine distincte et personnelle, le montant de chacune de ces amendes doit être calculé de manière que leur total ne dépasse pas la limite du maximum établi par la loi (19).

Cependant, voyez en sens contraire (20) une décision qui refuse d'annuler un arrêt ayant condamné deux époux à une amende unique prononcée solidairement contre tous les deux.

Mais ce système reste d'une application très rare et confinée à l'hypothèse particulière du délit d'usure.

Pour le crime de faux la jurisprudence est plutôt maigre, il existe très peu d'arrêts concernant l'amende proportionnelle pénale applicable au faux commis par plusieurs auteurs. Un arrêt du 29 août

(17) *S.* 39-1-322.

(18) *S.* 38-1-829.

(19) *S.* 51-1-557; *D.* 88-1-235.

(20) *D.* 53-5-464.

1861 (21) a bien décidé que l'amende devrait être prononcée contre chacun des coupables, mais il n'a pas indiqué comment cette amende devait être calculée et répartie.

« L'amende prononcée par l'article 164 du Code pénal doit toujours l'être contre l'individu condamné pour crime de faux, alors même que des circonstances atténuantes seraient reconnues en sa faveur, cette amende est une disposition générale et absolue qui doit recevoir son application au cas même où la peine principale se trouve modifiée par l'admission des circonstances atténuantes.

« Et attendu que, bien que l'arrêt de condamnation vise le dit article 164 du Code pénal, il ne prononce pas contre chacun des coupables la peine d'amende qui y est édictée, d'où il suit que l'arrêt a formellement violé cette disposition par ces motifs, casse et renvoie ».

Pour d'autres délits également la Cour de Cassation paraît donner aux juges ce même pouvoir et décider que chaque délinquant ne doit être condamné que selon la proportion du bénéfice personnellement retiré par lui du dommage qu'il a individuellement causé. Cette solution a été admise par un arrêt rendu en matière de délit des fournisseurs prévu par l'article 433, jugeant que chacun des co-auteurs ne peut être condamné à une somme supérieure au quart du dommage qu'il a personnellement causé et qu'il importait peu que les prévenus eussent été condamnés solidairement à réparer tout le dommage (22).

(21) 29 août 1861. *B.C.* 197.

(22) Cassation criminelle, 2 avril 1874. *S.* 74-1-325.

« L'amende proportionnelle édictée par l'article
« 433 du Code pénal, contre les fournisseurs des
« armées coupables de fraude sur la nature, la qualité
« ou la quantité des choses fournies, doit, lorsqu'il y
« a plusieurs condamnés et malgré la solidarité de la
« condamnation prononcée contre eux, être calculée
« non pas sur le montant total des dommages-intérêts
« alloués à l'Etat, mais sur la part afférente à chacun
« des condamnés ».

Il a été jugé dans le même sens pour le délit d'abus de confiance que la loi, lorsqu'elle prononce une amende fixée au quart des restitutions et dommages-intérêts, n'entend prendre en considération que le quart du bénéfice illégitime que les faits incriminés ont procuré aux auteurs et complices, et, par une conséquence nécessaire le quart du bénéfice illégitime que chacun d'eux a personnellement perçu par suite des actes auxquels il a participé (23).

La solidarité dans la condamnation ne peut avoir pour résultat de faire calculer l'amende à prononcer contre chacun d'eux sur la totalité du préjudice puisqu'aux termes de l'article 132 du Code civil, la dette solidaire se divise de plein droit entre les débiteurs qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion.

Pour les autres délits, aucun des nombreux arrêts qui ont statué sur l'amende pénale devant leur être appliquée, n'ont expressément tranché la question. Néanmoins, il semble résulter de quelques décisions

(23) *D.* 73-1-223.

que cette amende doive être calculée sur le préjudice causé par chaque coupable individuellement.

En tous les cas lorsqu'un des prévenus est condamné à une amende fixe et l'autre à une amende proportionnelle, le juge n'est pas obligé de faire état de ces deux amendes de façon que le total ne dépasse pas le maximum de cette amende proportionnelle (24).

C'est un point certain en doctrine et en jurisprudence que la solidarité peut être prononcée pour les amendes proportionnelles.

« Lorsque la loi édicte une amende proportionnelle
« au chiffre des restitutions et des dommages-inté-
« rêts, le Tribunal à peine de nullité doit déterminer
« ces restitutions et dommages. Mais la solidarité
« n'étant qu'un moyen d'exécution et non une peine,
« le Tribunal peut prononcer le maximum de l'amende
« fixe sans tenir compte des résultats éventuels de la
« solidarité ».

D'autre part, le principe du non cumul des peines s'applique aussi bien aux amendes proportionnelles qu'aux amendes fixes (25).

« La peine d'amende applicable en sus de l'emprisonnement, à l'abus de confiance ne pouvant dépasser le chiffre de 25 francs pris pour minimum, que proportionnellement au préjudice constaté et jusqu'au maximum du quart de ce préjudice, il s'ensuit que, relativement à un individu condamné par trois décisions distinctes pour trois délits d'abus de confiance l'amende ne peut pas dépasser le chiffre

(24) 19 mars 1869. B. 71.

(25) D. 96-1-333.

« de 25 francs pour les trois délits réunis, alors que,
« d'une part, la première décision ne contient ni
« détermination d'aucune somme représentative du
« préjudice causé, ni arbitrage destiné à servir de
« base légale à la qualité proportionnelle de l'amende
« et que d'autre part, les deux autres décisions fixent
« respectivement le préjudice à deux chiffres dont le
« total n'atteint pas la somme de 100 francs ».

SECTION IV

Les éléments formels du jugement prononçant l'amende proportionnelle

Le jugement qui prononce une amende proportionnelle, doit contenir l'évaluation de la somme qui sert de base au calcul, afin de permettre à la Cour de Cassation de vérifier si la limite légale n'a pas été dépassée. Cette évaluation est nécessaire quel que soit le délit qui a motivé l'application de l'amende.

Ainsi en matière d'abus de confiance le juge correctionnel ne peut se dispenser, s'il applique pour la répression de ce délit une amende supérieure au minimum fixé par la loi, de donner l'évaluation des dommages-intérêts et restitutions sous prétexte que la partie civile, qui était primitivement en cause, s'est désistée; en pareil cas, il est nécessaire que le juge arbitre le dommage résultant du délit.

Par contre, *BLANCHE* a soutenu, il est vrai, que si le préjudice avait été réparé, comme dans ce cas il n'y aurait ni restitution ni dommages-intérêts à prononcer, l'amende ne pourrait excéder 25 francs (26).

(26) *D.* 1896-1-251.

Il a été jugé également que, en matière d'abus de confiance, la condamnation à une amende supérieure à 25 francs, minimum fixé par l'article 406 du Code pénal manque de base légale, si le jugement ne contient aucune évaluation du dommage causé par le délit (27).

Attendu, dit cet article, que cette évaluation ne se trouvait pas dans le jugement du tribunal correctionnel de la Seine dont l'arrêt attaqué a adopté purement et simplement les motifs, le dit arrêt, en prononçant une peine de 100 francs a violé les articles 406 et 408 (28). En matière d'usure (29).

Attendu qu'aux termes de l'article 4 de la loi du 3 septembre 1807, la peine de l'usure habituelle, quand il n'y a pas eu escroquerie de la part du prêteur, consiste dans une amende qui ne peut excéder la moitié des capitaux prêtés à usure.

Qu'il s'ensuit de cette disposition que, dans les jugements ou dans les arrêts de condamnation pour délit d'habitude d'usure, toutes les sommes dont le prêt est reconnu usuraire doivent être énoncées, puisque si elles ne le sont pas, il est impossible lorsque ces arrêts ou jugements sont l'objet d'un pourvoi en Cassation, de juger si l'amende prononcée n'excède pas le taux au-dessus duquel il n'est pas permis de le porter, et s'il n'y a pas ainsi application de la loi pénale. — Casse...

Lorsqu'en matière criminelle un texte de loi édicte en même temps qu'une peine criminelle une amende

(27) 10 octobre 1929. *B.C.* 222.

(28) 25 sept. 1924.

(29) 7 mai 1824. *B.C.* 64.

proportionnelle, c'est cette amende qui reste applicable en cas d'admission des circonstances atténuantes et non celle édictée par l'article 401 du Code pénal. Dans le cas d'amende prononcée pour un crime, il n'est pas nécessaire que le jury fixe avec précision la somme qui doit servir de base au calcul proportionnel, la Cour qui prononce la peine est virtuellement autorisée à la détermination (30).

« Dans une accusation de concussion, il suffit de
« poser au jury la question de savoir si l'accusé a fait
« des perceptions illégales, sans qu'il soit nécessaire
« de déterminer dans cette question le montant des
« perceptions, ni de demander au jury de qualifier
« légalement le fait incriminé, en lui posant la ques-
« tion de savoir si l'accusé s'est rendu coupable du
« crime de concussion ».

En matière de tromperie sur la nature de la marchandise et délits assimilés.

Lorsque l'amende prononcée pour vente de denrées alimentaires corrompues excède le minimum, le jugement doit, sous peine de nullité, évaluer les restitutions et dommages-intérêts, afin de permettre à la Cour de Cassation, de vérifier si l'amende ne dépasse pas le maximum prévu par la loi.

Attendu que l'arrêt attaqué a condamné le demandeur à cent francs d'amende sans déterminer le préjudice occasionné par le délit retenu à la charge de ce dernier, qu'aussi l'amende prononcée n'est pas légalement justifiée; casse et annule... (31).

(30) *S.* 42-1-890; *S.* 78-1-283.

(31) 4 nov. 1897. *B.* 341; *S.* 92-1-432.

Aux termes de l'article 423 du Code pénal l'amende, en matière de falsification de denrées alimentaires que le prévenu sait être falsifiées, quand elle est de plus de 50 francs, ne peut excéder le quart des restitutions et dommages-intérêts.

En d'autres termes, la loi n'autorise à porter le chiffre de l'amende à un taux supérieur à 50 francs qu'autant que cette fiscation a pour base l'existence d'un préjudice s'élevant au moins au quadruple de l'amende appliquée. Il s'ensuit que cette amende n'a de base légale qu'autant que le chiffre de ces restitutions et dommages est fixé. Nous avons vu plus haut que le juge doit apprécier, non seulement le dommage réalisé, mais encore le dommage préparé et tacite (32). En matière de faux (33) il a été jugé que la Cour d'Assises qui prononce contre un condamné pour crime de faux une amende supérieure au minimum de 100 francs déterminé par l'article 164 du Code pénal, doit, à peine de nullité, constater le chiffre du bénéfice illégitime procuré par le faux, et sur lequel doit être proportionnée l'amende encourue.

En matière de concussion (34).

L'arrêt d'une Cour d'Assises qui condamne à l'amende un fonctionnaire coupable de concussion, doit, à peine de nullité, déterminer le montant des restitutions sur lequel doit être proportionnée l'amende dont il est passible.

(32) *D.* 57-1-371 ; *S.* 60-1-1017.

(33) *S.* 56-1-845.

(34) *S.* 42-1-890 déjà cité.

En matière de détournements par des comptables publics (35).

L'amende édictée par l'article 172 du Code pénal étant proportionnée au chiffre du détournement, la Cour d'Assises doit préciser dans son arrêt la valeur détournée. Toutefois, l'omission commise à cet égard n'entraîne Cassation que quant à la condamnation pécuniaire, et non quant aux autres peines prononcées. Les adversaires de cette solution prétendaient que ce système était incohérent, attendu que la peine était maintenue pour partie et renvoyée pour le surplus à l'appréciation d'une autre Cour d'Assises.

Ceci posé et connu il convient, chaque fois que l'on pose une règle, fut-elle même de droit, d'apporter des restrictions et atténuer la rigueur du principe. Que le juge, de fait, détermine expressément et clairement la somme qui sert de base à son calcul, c'est semble-t-il la solution préférable. Cependant la Cour de Cassation refuse d'annuler les décisions des Tribunaux ou des Cours chaque fois qu'il résulte d'une façon implicite des formules employées que les limites légales ont été respectées. Ces exceptions à l'obligation d'évaluer sont assez nombreuses.

Ainsi les falsifications nuisibles à la santé sont punies d'une amende de 50 à 500 francs, à moins que le quart des restitutions n'excède cette somme. Par suite l'arrêt qui prononce une amende de 500 francs pour ce délit n'est pas tenu de déterminer le montant des restitutions ou dommages-intérêts. De même, en pareille matière, l'obligation imposée au juge de spé-

(35) S. 47-1-695.

cifier le montant du préjudice qui sert de base à l'amende proportionnelle cesse lorsque le prévenu se trouve dans le cas de récidive spéciale prévu par l'article 4 de la loi du 27 mars 1851 et que l'amende prononcée n'excède pas 100 francs (36).

Mais même lorsque l'amende dépasse les limites fixées, elle est suffisamment justifiée si la valeur du préjudice ou du gain illicite résulte du verdict du jury.

De même encore l'amende proportionnelle est suffisamment justifiée si l'arrêt qui la prononce précise dans ses motifs la valeur servant de base au calcul (37).

Ou encore si l'arrêt qui la prononce a visé l'arrêt de renvoi et transcrit les conclusions des parties civiles se référant ainsi à ces documents et s'appuyant sur les évaluations qui y sont contenues (38).

Si en matière de délit d'usure il précise le montant des valeurs négociées chez les usuriers, en ajoutant que ces négociations faites sous la dénomination d'es-compte ont eu pour but de déguiser des perceptions usuraires (39).

Assouplissant encore son principe la Cour de Cassation jugeant suffisante la formule « condamne les prévenus chacun à une amende, laquelle n'excède pas le quart des restitutions dont ils sont passibles », n'oblige même plus le juge du fait d'évaluer d'une

(36) *D.* 70-1-45.

(37) *D.* 71-1-269.

(38) *S.* 81-1-287.

(39) 11 juillet 1873. *B.C.* 193.

façon complète et précise les dommages-intérêts et détournements causés par le délit.

Une décision ne saurait être attaquée sous prétexte qu'au jour du jugement la valeur sur laquelle l'amende doit être calculée ne pourrait être évaluée que d'une façon approximative, attendu qu'il est certain que les juges du fait apprécient souverainement cette valeur (40).

Remarquons enfin que si la loi édicte une amende proportionnelle avec un minimum fixé à une somme déterminée, le juge qui ne prononce que cette dernière amende n'est pas tenu d'arbitrer les restitutions, gains illicites, etc.

(40) 1876, *B.* 145, 24 juin; *D.* 66-5-491; *S.* 82-1-488; *D.* 85-1-139.

CONCLUSION

Si l'on donne au mot préjudice son sens le plus large, on est obligé de reconnaître que la possibilité d'un dommage quelconque, social ou individuel est la condition commune de tous les crimes et de tous les délits. Un fait qui ne peut causer aucun dommage, matériel ou moral, certain ou éventuel n'est pas du domaine du droit pénal. Bien entendu il ne s'agit pas là du préjudice élément spécifique requis pour l'existence de certaines infractions pénales. Ce dernier que nous avons étudié dans cette thèse joue un rôle important dans l'incrimination d'un fait et dans la détermination de la peine.

Le législateur ayant établi un système de proportionnalité applicable dans les différents cas où le préjudice est appelé à servir de base, au quantum de la peine, nous ne reviendrons pas sur l'influence du préjudice dans la mise en pratique de ce système, car il n'y a là aucune difficulté.

Au contraire la question de l'influence du préjudice comme élément constitutif de l'infraction pénale est très délicate et n'a été tranchée d'une façon générale et définitive ni par la jurisprudence qui n'a donné à ce sujet que des solutions fragmentaires, ni par la doctrine.

Nous avons vu que le préjudice peut revêtir différents aspects dans la naissance d'une infraction. Ce peut être une diminution du patrimoine de la victime, tantôt au contraire il se traduit par une atteinte à l'honneur à la considération ou aux affections de la victime. Dans le premier cas il y a préjudice matériel, dans le second préjudice moral ou extra-pécuniaire.

A ce sujet s'il est certain depuis toujours que le préjudice matériel ouvre droit à réparation à toute personne susceptible d'en établir la preuve, au contraire on a longtemps discuté avant d'accepter le préjudice moral comme raison d'être d'une action en réparation. D'ailleurs un grand nombre d'auteurs refusent encore d'admettre qu'une atteinte morale au corps de l'Etat suffise pour constituer le préjudice requis.

D'autre part s'il est évident que l'existence d'un préjudice certain, lorsqu'il est prouvé, ouvre à la personne qui subit le dommage une action en réparation, il est non moins évident en l'état actuel de la législation que l'existence d'un préjudice simplement éventuel suffit à l'exercice de l'action en réparation.

Dans les délits qui nécessitent pour leur commission la rédaction d'un acte écrit on se trouve en présence d'une difficulté nouvelle lorsque l'acte qui a servi à commettre l'infraction est un acte nul ou annulable. Dans ce cas faut-il admettre qu'à défaut d'un acte écrit valable le délit n'existe pas? Nous avons vu au cours de notre travail que la solution à ce problème ne pouvait être générale.

Dans le titre deuxième nous avons étudié l'élément intentionnel du préjudice. En effet, pour qu'un homme puisse être recherché à raison d'un crime ou d'un délit, il faut évidemment, en premier lieu, que ce crime ou ce délit lui soit imputable. L'homme n'est responsable de ses actes que s'il les a voulus sciemment, c'est-à-dire s'il a agi librement et avec discernement. Mais par exception, il est des délits où il ne suffit pas que l'agent ait agi avec conscience et volonté, il faut encore qu'il ait été déterminé à les commettre par un certain mobile, il y a là un dol spécial, une volonté de causer un préjudice déterminé qui résulte du but poursuivi par le délinquant.

Tant que l'intention de l'agent ne s'est pas matérialisée par un acte extérieur la loi pénale est impuissante à intervenir. La pensée criminelle est un mouvement psychologique dont on n'est pas maître, la loi sociale ne règle que les rapports des hommes entre eux, et ces rapports ne peuvent être troublés que par des actes. Lorsque ces actes n'ont pu être entièrement réalisés il y a seulement tentative, à ce sujet rappelons l'utilité de la notion de préjudice qui préside à la distinction des actes simplement préparatoires et des actes d'exécution.

Une question très importante qui a retenu notre attention dans le titre troisième, a trait à l'influence de la réparation du préjudice par l'auteur du délit et concerne également le problème, aux solutions multiples du consentement de la victime à l'acte délictueux.

On comprend, en effet, que certaines infractions supposent pour être punissables que le fait a eu lieu

contre la volonté de la personne qui en est victime. Mais il ne faudrait pas croire que le consentement de la personne lésée par l'infraction ait toujours pour résultat de faire disparaître la criminalité de l'acte poursuivi, car le pouvoir social ne punit pas seulement dans l'intérêt particulier d'un individu, mais dans l'intérêt général de la société. Le cas le plus fréquent est celui de l'homicide sur demande ou encore celui du double suicide appelé par TARDE l'assassinat suicide (1). Pour certains auteurs, c'est l'impunité qui est la solution de justice, attendu disent-ils que l'homme est maître de sa vie il a droit de se détruire; pourquoi alors ne pourrait-il faire exercer ce droit par un autre qui ne serait pas toutefois inspiré par des motifs antisociaux. Cette doctrine qui admet l'impunité doit être rejetée car elle confond l'intention et les mobiles. Sans doute, l'homicide est un délit intentionnel, mais il n'y a pas là une intention spéciale, le délit existe du moment que l'agent a eu l'intention de commettre l'acte et de violer la loi.

La jurisprudence refusant d'admettre l'impunité décide que les lois qui protègent la vie des hommes sont d'ordre public, et qu'aucune volonté particulière ne saurait absoudre et rendre licite un crime contre les personnes (2).

Quant au problème de la réparation par le délinquant du préjudice qu'il a causé, il faut le résoudre en tenant compte à la fois du sentiment populaire qui déclare vaine la répression et de la nécessité qu'il

(1) TARDE, *Etudes pénales et sociales*, p. 155.

(2) Cassation, 16 novembre 1927. S. 28-1-135.

existe à punir une faiblesse qui a démontré la témérité de son auteur.

En résumé, un texte légal qui prendrait place dans la partie générale du Code pénal pourrait fixer d'une façon précise les caractères du préjudice, faisant cesser ainsi les controverses et permettant l'uniformité dans les décisions jurisprudentielles.

Voici pour terminer, posés en quelques formules, les principes généraux qui se dégagent de cette étude.

1° Le préjudice est un élément constitutif du délit dans les infractions pénales où la loi réprime le dommage à un droit particulier distinct du préjudice social général réalisé.

2° Le préjudice est réalisé par un dommage aux droits de la partie lésée. Lorsque la loi exige un préjudice, tout préjudice quelconque social ou individuel, pécunier ou moral, certain ou éventuel est pris en considération.

3° Le préjudice n'est un élément du délit que lorsque l'agent a eu l'intention de causer le préjudice.

4° La renonciation au préjudice dans les infractions où cette renonciation est possible, fait disparaître le délit. Cette renonciation n'est valable qu'à condition d'intervenir avant la commission définitive du délit.

5° Au cas de tentative l'infraction est réalisée malgré l'absence de préjudice. Mais l'acte de commencement d'exécution doit impliquer chez son auteur l'intention de causer le préjudice.

6° En principe la détermination de la peine est indépendante du quantum du préjudice. Lorsqu'except-

tionnellement la détermination de la peine est fonction du préjudice, le juge doit évaluer le préjudice en tenant compte de tous les éléments du dommage réalisé.

VU :

Nancy, le 11 Janvier 1937.

Le Président de la thèse,

A. HENRY.

Professeur du droit criminel.

VU :

Nancy, le 12 Janvier 1937.

Le Doyen de la Faculté de Droit,

SENN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Nancy, le 14 Janvier 1937.

Le Recteur de l'Académie,

Président du Conseil de l'Université,

BRUNTZ.

BIBLIOGRAPHIE

- BLANCHE. — Traité de droit pénal, 2^e édition.
CHAUVEAU-HELIE. — Pratique criminelle, 6^e édition.
FAUSTIN-HELIE. — Commentaire du traité des délits et des peines de Beccaria, 1870.
— Pratique criminelle.
GARÇON. — Code pénal annoté.
GARRAUD. — Traité théorique et pratique du droit pénal français, 3^e édition.
— Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale.
JOUSSE. — Traité de la justice criminelle (Paris 1771).
LABORDE. — Précis de droit pénal français.
MANDSLEY. — Le crime et la folie.
MAZEAUD. — Traité de droit civil.
PLANIOL. — Traité pratique de droit civil, 12^e édition.
ROSSI. — Traité de droit pénal, 2^e édition.
ROUX. — Cours de droit criminel français, 2^e édition.
TARDE. — Etudes pénales et sociales.
VIDAL. — Cours de droit criminel, 8^e édition.

REVUES

- Etudes criminologiques.*
Revue pénitentiaire
Revue pratique
Revue internationale de droit pénal

THÈSES

- DUFRÊCHE (A). — De la tentative. Paris 1889.
GRANDMOULIN. — De l'unité de responsabilité. Rennes 1892.
HERIARD. — De la distinction du faux en écriture et de l'escroquerie. Bordeaux 1838.
LEVY (G.). — Des éléments constitutifs du vol, de l'escroquerie et de l'abus de confiance. Paris 1885.
MOHAMED ABDEL AZIZ BACH. — L'influence du consentement de la victime sur la responsabilité pénale. Paris 1928.
TRIBUT (Edmond). — La soustraction comme élément constitutif du vol. Paris 1904.

RECUEILS DE JURISPRUDENCE

- SIREY. — Recueil général des lois et arrêts.
DALLOZ. — Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence.
GARÇON. — Code pénal annoté.
Gazette des Tribunaux.
Gazette du Palais.
Pandectes françaises. — Nouveau répertoire de doctrine, de législation, de jurisprudence.
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	Pages 5
--------------------	------------

PREMIÈRE PARTIE

LE PRÉJUDICE DANS L'INCRIMINATION ET LA NOTION DE PRÉJUDICE

TITRE PREMIER. — <i>Les éléments formels du préjudice..</i>	15
---	----

CHAPITRE PREMIER. — <i>Le préjudice matériel: Généralités</i>	17
---	----

Section I. — Le faux	18
----------------------------	----

Section II. — L'escroquerie	21
-----------------------------------	----

Section III. — L'incendie volontaire	26
--	----

Section IV. — Le vol	32
----------------------------	----

Section V. — L'abus de confiance	35
--	----

CHAPITRE II. — <i>Le préjudice moral</i>	43
--	----

Section I. — Notions générales, étude sommaire du préjudice moral au point de vue de la responsabilité civile	43
---	----

Section II. — Le préjudice moral dans le faux	51
---	----

	Pages
Section III. — Caractère et rôle du préjudice moral dans la diffamation	53
CHAPITRE III. — <i>Le préjudice social</i>	57
Section I. — Le préjudice social en matière de faux	57
Section II. — Le préjudice social en matière d'escroquerie	66
CHAPITRE IV. — <i>Le préjudice éventuel dans le faux.</i>	69
CHAPITRE V. — <i>Le préjudice dans les actes nuls ou annulables</i>	79
Section I. — Influence de la nullité de l'acte.	79
Section II. — Le faux dans les actes nuls ou annulables	81
TITRE II. — <i>L'élément intentionnel</i>	87
CHAPITRE PREMIER. — <i>L'intention</i>	87
Section I. — L'escroquerie	88
Section II. — L'incendie volontaire	89
Section III. — L'abus de confiance	92
Section IV. — Le vol	95
Section V. — Le faux	98
CHAPITRE II. — <i>La tentative: ses rapports avec le préjudice</i>	107
Section I. — Généralités	107
Section II. — La tentative de faux	111

	Pages
TITRE III. — <i>Influence de la réparation et de la disparition du préjudice</i>	113
CHAPITRE PREMIER. — <i>Le consentement de la victime</i>	113
Section I. — Le consentement, ses vices..	113
Section II. — L'erreur	116
Section III. — A quel moment doit intervenir le consentement	116
Section IV. — Effets du consentement sur l'existence et la disparition du préjudice..	119
CHAPITRE II. — <i>La réparation du préjudice</i>	123
Section I. — Principes généraux	123
Section II. — Influence de la réparation du préjudice en cas de vol	125
Section III. — Influence de la réparation du préjudice au cas de faux	127
Section IV. — Influence de la réparation du préjudice au cas d'escroquerie	128
Section V. — Influence de la réparation du préjudice au cas d'incendie volontaire	129
Section VI. — Influence de la réparation du préjudice au cas d'abus de confiance	129

DEUXIÈME PARTIE

L'ÉVALUATION DU PRÉJUDICE DANS LA DÉTERMINATION DE LA PEINE

CHAPITRE PREMIER. — <i>L'amende proportionnelle</i>	137
Section I. — Historique et divers systèmes susceptibles d'être appliqués en matière d'amende pénale proportionnelle	137

	Pages
Section II. — Influence du préjudice dans l'application de la proportionnalité	142
Section III. — Difficultés d'application du système au cas de pluralité de délinquants; la notion de solidarité	147
Section IV. — Les éléments formels du jugement prononçant l'amende proportionnelle	153
CONCLUSION	161
BIBLIOGRAPHIE	167



